

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**PROCESSO PENAL E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A NECESSIDADE DE UM  
CONTROLE DE RAZOABILIDADE NO TEMPO DA PRISÃO PREVENTIVA.**

**RICHARDE DOS SANTOS FRANCO**

**Rio de Janeiro**

**2018 / 2º**

**RICHARDE DOS SANTOS FRANCO**  
**PROCESSO PENAL E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A NECESSIDADE DE UM**  
**CONTROLE DE RAZOABILIDADE NO TEMPO DA PRISÃO PREVENTIVA.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Junya Rodrigues Barletta.**

**Rio de Janeiro**

**2018 / 2**

## CIP - Catalogação na Publicação

D825p Dos Santos Franco, Richarde  
Processo penal e presunção de inocência: a necessidade de um controle de razoabilidade no tempo da prisão preventiva. / Richarde dos Santos Franco. -- Rio de Janeiro, 2018.  
77 f.

Orientadora: JUNYA RODRIGUES BARLETTA.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Processo penal. 2. Presunção de inocência. 3. Prisão preventiva. 4. Controle de provisoriedade. 5. Novo código de processo penal. I. Rodrigues Barletta, Junya, orient. II. Título.

**RICHARDE DOS SANTOS FRANCO**  
**PROCESSO PENAL E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A NECESSIDADE DE UM**  
**CONTROLE DE RAZOABILIDADE NO TEMPO DA PRISÃO PREVENTIVA.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Junya Rodrigues Barletta.**

Data da aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Orientador

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2018 / 2º**

## RESUMO

Franco, Richarde dos Santos. Processo Penal e Presunção de Inocência: A Necessidade De Um Controle De Razoabilidade No Tempo Da Prisão Preventiva. 82p. Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, 2018.

A presente monografia tem por objetivo abordar a necessidade de um limite temporal objetivo da prisão preventiva no Brasil e demonstrar a consequência que a falta dessa previsão em nosso ordenamento jurídico causa na violação dos princípios de um Processo Penal Legal com viés democrático, como a presunção de inocência e o direito a razoabilidade do prazo processual. Com base nos dados sobre o sistema carcerário do Departamento Penitenciário Nacional, Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público busca verificar a quantidade de presos em situação provisória no Brasil. Demonstra como o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos interpreta a garantia da razoabilidade abordando os informes proferidos nos casos de denúncias de violações na razoabilidade e legalidade das prisões processuais por parte de países signatários. Por fim, avalia o novo projeto de lei da reforma do novo Código de Processo Penal e verifica se há uma tentativa de conciliar a aplicação da medida cautelar com o princípio da presunção de inocência por meio da instituição de um prazo limite para a prisão preventiva, garantindo a razoabilidade processual e tornando o Processo Penal mais aproximado ao viés garantista quisto pelo constituinte originário.

Palavras-chave: Processo Penal; Presunção de Inocência; Prisão Preventiva; Limites da Prisão Cautelar; Controle de Provisoriedade; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## **ABSTRACT**

Franco, Richarde dos Santos. Penal Process and Presumption of Innocence: The Need for a Reasonableness Control in The Time of Preventive Detention. 82p. Monograph (graduation in Law) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, 2018.

This monograph aims to address the need for an objective temporal limit of preventive detention in Brazil, demonstrating the consequence that the lack of this provision in our legal system causes violation of the principles of a Legal Criminal Procedure with a democratic bias, such as the presumption of innocence and the right to reasonableness of the procedural period. Based on the data on the prison system of the National Penitentiary Department, National Council of Justice and the National Council of the Public Prosecution seeks to verify the number of prisoners in temporary situation in Brazil. It demonstrates how the Inter-American Protection System of Human Rights interprets the guarantee of reasonableness by addressing the reports handed down in cases of denunciations of violations of the reasonableness and legality of procedural arrests by signatory countries. Finally, it assesses the new draft law on the reform of the new Criminal Procedure Code and ascertains whether there is an attempt to reconcile the application of the precautionary measure with the principle of presumption of innocence by imposing a time limit for pre-trial detention, guaranteeing the procedural reasonableness and making the Criminal Procedure closer to the guaranteeing bias favored by the original constituent.

**Keywords:** Penal Process; Presumption of Innocence; Pre-trial Detention; Limits of Precautionary Prison; Inter-American Court of Human Rights.

## **LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E TABELAS.**

CIDH	Comissão Interamericana De Direitos Humanos
CPP/41	Código De Processo Penal, Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.
CF/88	Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988
LEP	Lei de Execução Penal, Lei Nº 7.210, De 11 De Julho De 1984.
TABELA 1	Pessoas privadas de liberdade no Brasil por UF.
GRÁFICO 1	Percentual de presos com mais de 90 dias de aprisionamento.
GRÁFICO 2	Pessoas Privadas De Liberdade Pela Natureza Da Medida.
TABELA 2	Prisões Penais Por Natureza Da Medida Por UF.
GRÁFICO 3	Total De Presos Penais.
GRÁFICO 4	Presos provisórios em janeiro de 2017 x presos provisórios em abril de 2017.
GRÁFICO 5	Variação de presos provisórios em janeiro/2017 e em abril de 2017.
GRÁFICO 6	Processos de presos provisórios com prisões reanalisadas: janeiro a abril de 2017.
GRÁFICO 7	Processos presos provisórios sentenciados no universo de 238.000 processos de presos provisórios.
GRÁFICO 8	Processos de presos provisórios sentenciados: janeiro a abril de 2017.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO PRINCÍPIO BASILAR DO PROCESSO PENAL. ....</b>	<b>11</b>
<b>1.1. A pretensão punitiva do Estado e a Presunção de inocência.....</b>	<b>13</b>
<b>1.2 A aplicação da razoabilidade da prisão processual: a deslegitimação da prisão cautelar quando ultrapassa seu sentido original .....</b>	<b>16</b>
<b>2. MEDIDAS CAUTELARES: AS PRISÕES PROVISÓRIAS E SUAS REFORMAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>23</b>
<b>2.1 Evoluções legislativas e jurisprudenciais.....</b>	<b>25</b>
<b>2.2 Modalidades e parâmetros normativos de prisões cautelares no processo penal brasileiro.....</b>	<b>29</b>
<b>2.2.1 Prisão Em Flagrante.....</b>	<b>30</b>
<b>2.2.2 Prisão Temporária.....</b>	<b>32</b>
<b>2.2.3 Prisão Preventiva .....</b>	<b>34</b>
<b>3. O BRASIL E OS PRESOS PROVISÓRIOS.....</b>	<b>46</b>
<b>3.1 Dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2.0. ....</b>	<b>49</b>
<b>3.2 O relatório da Reunião Especial de Jurisdição de 2017, “Choque de Justiça”. ....</b>	<b>54</b>
<b>4. A CIDH E AS PRISÕES CAUTELARES .....</b>	<b>59</b>
<b>4.1 A garantia da razoabilidade da prisão processual interpretada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....</b>	<b>61</b>
<b>5. DISCUSSÕES ACERCA DO NOVO CPP E A POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA O TEMA. ....</b>	<b>65</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>70</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>73</b>

## INTRODUÇÃO

O tema a ser desenvolvido nesta monografia é a necessidade de uma criação legislativa de um marco objetivo de delimitação do limite temporal da prisão preventiva, sendo essa a única dentre as cautelares que não possui qualquer parâmetro legal positivado de determinação de seu encerramento. A manutenção desta forma de prisão processual em nosso ordenamento jurídico com um critério abstrato de avaliação temporal por parte da autoridade judiciária apresenta contradição com os princípios formadores do devido processo penal legal instituído pela Carta Magna, pois enfraquece a presunção de inocência do acusado ao deixar de respeitar o princípio da razoabilidade do tempo processual do imputado.

O princípio da presunção de inocência é essencial para o Estado Democrático de Direito na aplicação de sua pretensão punitiva e fundamental para a configuração do devido processo penal legal. Quando um Estado prevê em seu ordenamento o princípio da presunção de inocência e detém o monopólio da aplicação da justiça por meio de uma forma prevista em lei, surge para o indivíduo a garantia de ter respeitado o seu direito de ser tratado como inocente até o trâmite previsto para a apuração penal. Esta presunção de inocência tem relação direta com a necessidade de uma rápida e eficiente resolução da investigação e decisão judicial, pois o princípio da presunção de inocência no decorrer o tempo de um processo penal em que o imputado é submetido se dissipa e perde sua essência e efetividade. O dano de um processo penal por si só já contém uma alta carga de estigmatização social sobre o indivíduo acusado, se o mesmo se encontra preso cautelarmente maior é o dano causado, pois no decorrer do tempo o direito a presunção de inocência se esvai e surge uma certeza de culpa por parte da sociedade.

As medidas cautelares sempre estiveram presentes em nosso Código de Processo Penal vigente, mas sofreram reformas legislativas ao longo do tempo que foram compondo pequenos avanços em busca da aproximação de um modelo de Processo Penal quisto pelo constituinte originário, árduo trabalho, devido às origens autoritárias que fundaram o Código de Processo Penal de 1941.

Destaco que, enquanto a prisão temporária tem em sua lei ordinária uma determinação objetiva sobre a estipulação de sua duração, a prisão preventiva tem a possibilidade de pro-

longamento de sua aplicação sem um limite concreto, ou seja, não há uma regulamentação legal positivada dos perímetros para sua durabilidade. Desta forma, acaba por infringir a razoabilidade processual, a presunção de inocência e o aspecto de provisoriedade que, descrito por Lopes Junior (2012) <sup>1</sup>, constitui uma das bases da principiologia das prisões cautelares e enfatiza que toda prisão cautelar tem o dever de ser temporária e deve durar somente até atingir o seu objetivo no devido processo. Não havendo regulamentação da razoabilidade do tempo da prisão preventiva há a possibilidade de um conflito com o princípio da presunção de inocência, pois o período da prisão processual pode se estender durante a dilação probatória e resultar em uma duração de cerceamento de liberdade por uma medida cautelar maior do que a pena máxima do crime de que está sendo acusado no processo.

Além do ordenamento jurídico pátrio, abordaremos os tratados internacionais em que o Brasil é signatário, como a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>2</sup> e o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, que preveem o direito processual à razoabilidade da duração do processo penal e a presunção de inocência, principalmente na hipótese do acusado preso.

Por fim, com a análise de dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional, Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público veremos a quantificação de presos provisórios em penitenciárias, a descaracterização da provisoriedade da prisão cautelar ao ultrapassar um tempo razoável e as ações do judiciário na tentativa de diminuir os processos de presos provisórios. Complementando o conteúdo deste trabalho, verificaremos a importância do Projeto de lei 8045/2010 em trâmite no Congresso Nacional que visa a reforma do Código de Processo Penal, com o intuito de aproximá-lo dos parâmetros constitucionais e estabelecer uma previsão legal objetiva do limite de tempo da prisão preventiva, garantindo o aspecto de provisoriedade da cautelar e adaptando esta prisão provisória ao princípio da presunção de inocência ao enfatizar a razoabilidade dos prazos processuais.

---

<sup>1</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal:** e sua Conformidade Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

<sup>2</sup> BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

## 1. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO PRINCÍPIO BASILAR DO PROCESSO PENAL.

A Constituição Federal de 1988 assegura dentre os direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5º, LVII<sup>3</sup> o princípio da presunção de inocência, por esta razão, tal princípio tem considerável destaque no sistema processual e não pode ser ignorado na aplicação da pretensão punitiva Estatal no dever de tratamento do acusado em um processo penal ou do suspeito em um inquérito policial. O princípio referido constitui item necessário para a configuração de um devido processo penal legal que concede a legalidade dos procedimentos na ação penal por seguir todos os trâmites previstos durante o processo que e respeitar os direitos e garantias individuais do acusado.

A aplicação do princípio do devido processo penal diante de cautelares que possam causar a supressão da liberdade do indivíduo pelo Estado no curso da ação penal tem a função de impedir que a prisão processual seja desproporcional e sem fundamento judicial válido. A submissão do Processo Penal aos preceitos estabelecidos na CF/88 e nos pactos internacionais em que o Brasil é signatário tem por intuito refletir a real política processual de viés democrático e garantista que deve ser observada pelo nosso Estado na aplicação do Código De Processo Penal. Sobre o exposto, J. Goldschmidt (1935, p.67, Apud LOPES JUNIOR,2012, p.115)<sup>4</sup> demonstra que uma política processual penal de uma nação tem íntima ligação sobre o caráter autoritário ou democrático e de sua política Estatal.

“los principios de la política procesal de una nación no son outra cosa que segmentos de su política estatal em general. Se puede decir que la estrutura del processo penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritários de su Constitución”.

Em suma Geraldo Prado sintetiza este ao mencionar que a Constituição estabelece um “nexo indissolúvel entre garantia dos direitos fundamentais, divisão dos poderes e democra-

---

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 set. 2018.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

<sup>4</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

cia, de sorte a influir na formulação das linhas gerais da política criminal de determinado Estado”. (PRADO, Geraldo. 2006, p. 16 Apud LOPES JUNIOR, 2012, p.72).

Seguindo esta perspectiva, as regras e os princípios processuais têm relevância importante para o imputado e também para o Estado Democrático de Direito, pois são estas que servirão de base para a realização e validação do processo e aplicação do poder penal Estatal. Diante dessa necessidade de adequação surge uma incompatibilidade entre as normas constitucionais democráticas vigentes e os seus princípios garantistas e um processo penal antigo e firmado em lógicas autoritárias de sua época, derivado da constituição com tendência fascista de 1937, também conhecida como constituição do Estado Novo, substancialmente autoritária e centralista. Diante da Constituição Federal de 1988 “o processo penal não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito penal).” (LOPES JUNIOR, 2012, p. 72) <sup>5</sup>.

Ademais é consenso que o código de processo penal brasileiro de 1941 tem uma matriz inquisitória enquanto a CF/88 inclina-se ao modelo acusatório. Tal sistema é incompatível com o princípio da presunção da inocência, pois no modelo inquisitório existem elementos antagônicos como uma verdade real imposta pelo inquisidor ao imputado, a prisão processual como uma regra geral durante o procedimento investigatório, as provas devendo ser extraídas a todo custo e o juiz-inquisidor atuando de ofício sem o dever de imparcialidade. É necessário, primeiramente, reconhecer a incompatibilidade de poderes atribuídos ao juiz no Código De Processo Penal brasileiro com o princípio da garantia da imparcialidade. A atribuição de poderes de instrução e produção de provas ao julgador são características de um processo inquisitivo e contraria os princípios da presunção de inocência e da imparcialidade do juiz constantes na CF/88 e no pacto San José da Costa Rica da Convenção Americana de Direitos Humanos. Não é possível alcançar um modelo de sistema processual acusatório sem respeitar o princípio da imparcialidade, pois, como explica Lopes Junior (2012, p. 188) <sup>6</sup>.

“a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória”.

---

<sup>5</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal:** e sua Conformidade Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

## 1.1. A pretensão punitiva do Estado e a Presunção de inocência.

O Estado é o único que detém o poder de punir diante de um delito penal e a decorrência deste monopólio é o surgimento do dever de garantir sua aplicação, mas que não pode ser aplicada deliberadamente e sem uma forma pré-definida, ou seja, sem um devido processo. A formação de um Estado Democrático de Direito reflete diretamente nos meios em que esse oferece para a proteção da presunção de inocência e da liberdade do indivíduo perante a pretensão punitiva estatal. A CF/88 prevê uma série de garantias processuais penais que se articulam e se comunicam de uma maneira recíproca, onde uma sustenta a efetividade maior da outra, o que o autor Gomes Filho (2001, p. 32-34)<sup>7</sup> denomina de sistema circular de garantias resultando diretamente em um princípio denominado devido processo legal, descrito no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna<sup>8</sup>. Tal princípio acaba por unificar os demais em sua formação, BADARÓ (2015, p.72)<sup>8</sup>.

Em suma, o modelo constitucional do devido processo legal no sistema brasileiro é de um processo que se desenvolva perante o juiz natural, em contraditório, assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas, em que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência, devendo o processo se desenvolver em um prazo razoável. Sem isso, não haverá *due process* ou um processo *équico*.

Como citado, não há a hipótese de um respeito ao princípio do devido processo legal na pretensão punitiva sem a observância da garantia do prazo razoável do processo descrito no artigo 5º inciso LXXVIII da CF/88<sup>9</sup> e também disposto no Pacto San José da Costa Rica da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>10</sup>, mas que merece uma cautela ao ser observado

<sup>7</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>8</sup> Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1110p.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 set. 2018.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>10</sup> BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto De São José Da Costa Rica, de 27 de novembro de 1969). **Pacto de São José da Costa Rica**. Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Artigo 7.5: Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser

na prática processual, por um lado a aceleração processual gera justificativas para um atropelo das garantias fundamentais e na outra ponta o procedimento que se prolonga pela falta da razoabilidade no tempo processual acarreta lentidão desnecessária e gera “uma negação da (tutela da) justiça e agravando todo o conjunto de penas processuais ínsitas ao processo penal” (LOPES JUNIOR, 2012, p. 199)<sup>11</sup>.

A Constituição Federal dispõe expressamente sobre a garantia da presunção de inocência no seu artigo 5º, LVII<sup>7</sup> ao estipular que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Trata-se da consagração do ideal garantista querido pelo constituinte na formação de um Estado Democrático de Direito. A Convenção Americana de Direitos Humanos de que o nosso país é signatário também possui a previsão deste princípio ao evidenciar em seu artigo 8.1 que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”<sup>12</sup>. Este princípio possui sua aferição de efetividade diretamente ligada a duração do processo, principalmente quando estamos diante de uma prisão cautelar que causa um estigma ao acusado perante a sociedade como explicado por Lopes Junior (2012, p. 201)<sup>13</sup>.

“a demora e o prolongamento excessivo do processo penal vão, paulatinamente, sepultando a credibilidade em torno da versão do acusado. Existe uma relação inversa e proporcional entre a estigmatização e a presunção de inocência, na medida em que o tempo imprelenta aquela e enfraquece esta”.

O Código De Processo Penal possuía a previsão em seu artigo 594, revogado pela lei 11.719/2008, o seguinte texto: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”. Tal dispositivo não foi recepcionado pela Constituição de acordo com parte da doutrina, mas jurisprudência do STJ ainda validou o referido artigo em sua súmula 9 de 1990 dispondo: “a exigência da prisão provisória, para ape-

---

condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Artigo 8.1: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

<sup>11</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

Artigo 8.2: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

lar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”<sup>14</sup>. No entanto, antes de sua revogação o Supremo Tribunal Federal já adotava entendimento de que o artigo supracitado não teria aplicabilidade e deveria ser interpretado sistematicamente com a norma contida no artigo 312, com a redação dada pela lei nº 5.349/67<sup>15</sup>, vedando assim a aplicabilidade imediata do recolhimento da prisão para que o réu pudesse apelar, medida que ia totalmente contra os preceitos constitucionais e de tratados internacionais que estipulam a presunção de inocência e a necessidade do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para a privação da liberdade, com o advento do artigo 312 do CPP/41 a aplicação de uma prisão cautelar ficaria atrelada a existência de requisitos pré-determinados, cessando em parte a arbitrariedade do julgador ao decidir sobre a necessidade ou não dessa medida de restrição de liberdade do réu no decorrer do processo, tal medida ficou pacificada na jurisprudência do HC 84087/RJ, de abril de 2004, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa<sup>16</sup>.

Ademais, além do artigo acima do código de processo penal que fora posteriormente revogado, outras legislações foram aprovadas ao longo dos anos em discordância do preceito constitucional da presunção de inocência, como é o caso da Lei 9.034/1995<sup>17</sup>, denominada Lei do Crime Organizado, cujo artigo 7º vedava a concessão, em abstrato, de liberdade provisória ao imputado, e o artigo 9º também estipulava a prisão obrigatória como requisito para interposição de recurso de apelação. Favorecendo a aplicação arbitrária da medida cautelar e direcionando as características do sistema processual acusatório para o modelo inquisitório, a legislação citada contraria a opção política contida na CF/88 que insere os princípios e preceitos processuais no rol dos direitos e garantias individuais e coletivos e enfatiza que o princípio da presunção de inocência é um direito individual inerente a quem está em uma situação de sub-

---

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 9, Órgão Julgador: S3 - Terceira seção. Brasília, DF, 06 de setembro de 1990. **Diário da Justiça**. Brasília, 12 set. 1990.

<sup>15</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018. Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria.

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84087/RJ. PACTE.(S) WALTER LUIZ PEREIRA DA SILVA IMPTE.(S) CÉSAR TEIXEIRA DIAS. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 27 de abril de 2004. **Diário da Justiça**. Brasília, 07 maio 2004. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2209078>>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>17</sup> BRASIL. Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995. DISPÕE SOBRE A UTILIZAÇÃO DE MEIOS OPERACIONAIS PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DE AÇÕES PRATICADAS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. **Lei Ordinária**. Brasília, DF, Revogado pela Lei nº 12.850, de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018. Art. 7º Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa. Art. 9º O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.

missão a acusação processual penal e certificando o dever de tratamento como inocente durante todas as etapas processuais, garantindo assim que o direito à liberdade seja superior e o cerceamento à liberdade do indivíduo por meio de medida cautelar pessoal uma excepcionalidade.

Sendo assim, para Brasil se aproximar do viés democrático contido na CF/88 deve exercer sua pretensão punitiva estatal de acordo com a legalidade, sendo necessária a observância do devido processo penal para que esteja de acordo com a preservação dos princípios constitucionais da presunção de inocência e da razoabilidade do tempo processual.

## **1.2 A aplicação da razoabilidade da prisão processual: a deslegitimação da prisão cautelar quando ultrapassa seu sentido original**

O direito a um prazo razoável na duração do processo não é originário de nossa carta magna de 1988, apesar de prever uma série de direitos e garantias ao acusado que são essenciais para a formulação do devido processo penal brasileiro, este direito só foi incluído por meio da emenda constitucional de nº45/2004<sup>18</sup> que inseriu o inciso LXXVIII ao artigo 5º assegurando expressamente: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Entretanto, tal direito já era incorporado em diversos tratados internacionais de direitos humanos, como no Pacto Internacional De Direitos Civis E Políticos<sup>19</sup> e na Convenção Americana Sobre Di-

---

<sup>18</sup> BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A e outros, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018. Artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>19</sup> BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Promulgacao. (Adotado Pela Xxi Assembleia-Geral Das Organizações Das Nações Unidas (ONU), Em 16/12/1966.). **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018. Artigo 9.3: Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem de mora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

reitos Humanos<sup>20</sup>, sendo o Brasil é signatário de ambos. Há uma inovação na emenda citada em comparação ao direito à celeridade processual previsto nos tratados internacionais, BADARÓ<sup>21</sup> (2015, p.63) explica a maior amplitude da norma estabelecida em nosso ordenamento pela emenda do que a garantia genérica ao direito de um processo penal no prazo razoável, ao contrário dos tratados internacionais, o direito constitucional inserido pela emenda se estende também ao âmbito administrativo, não se restringindo somente aos procedimentos judiciais.

Para buscar um meio de aferir a razoabilidade de uma prisão processual e verificar sua legitimidade de aplicação é necessário realizar algumas observações no tocante a excepcionalidade e instrumentalidade de uma prisão cautelar. Primeiramente no que concerne a excepcionalidade percebe-se um controle constitucional sobre a restrição do direito fundamental à liberdade individual. A CF/88<sup>22</sup> prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” e, por fim, “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” e diante desses dispositivos podemos extrair o direcionamento constitucional de uma proteção do direito à liberdade do indivíduo e caracterizar a excepcionalidade de uma prisão. A possibilida-

---

<sup>20</sup> BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto De São José Da Costa Rica), DE 27 DE NOVEMBRO DE 1969. **Pacto de São José da Costa Rica**. Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Artigo 7.5: Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Artigo 8.1: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

<sup>21</sup> Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1110p.

<sup>22</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade

judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou

sem fiança;

de de restrição à liberdade é estipulada pela Constituição<sup>23</sup>, desde que dentro dos limites previstos e observando as garantias processuais sintetizadas no princípio do devido processo penal legal. Neste sentido as medidas cautelares só se enquadram nos requisitos de restrição do direito fundamental de liberdade do indivíduo se respeitarem a excepcionalidade de sua aplicação pelo direcionamento constitucional da liberdade como regra no processo penal, devendo ser privilegiado o meio menos gravoso possível necessário para cumprir o fundamento da cautelar. Em relação a instrumentalidade da prisão provisória ressalta-se seus preceitos para aplicação da mesma, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, que serão abordados em um capítulo posterior. Necessário entender a não contemplação da existência de um processo de “ação cautelar”, como explicado por Lopes Junior<sup>24</sup> (2012, p.781), pois um processo cautelar no âmbito do Processo Penal é inexistente e as medidas cautelares são instrumentos aplicados a serviço do procedimento seja no curso da investigação preliminar, do processo de conhecimento ou no processo de execução. Então, as medidas cautelares servem como um “instrumento do instrumento” Fernandes<sup>25</sup> (2012, p.286) ou um acessório para que seja assegurado o provimento final, como cita Badaró<sup>26</sup> (2015, p.931 grifo do autor) ao falar da acessoriedade de uma medida cautelar.

“A acessoriedade, enquanto característica da tutela cautelar, está ligada à noção de que o provimento cautelar **não é um fim em si mesmo**, não tendo aptidão de solucionar e satisfazer a situação de direito material carecedora de tutela jurisdicional. Para tanto, haverá outro provimento, dito principal, que irá prestar, ao final, a tutela jurisdicional de forma definitiva”.

Da conceituação e junção dos conceitos de excepcionalidade e instrumentalidade aplicados a uma medida cautelar entende-se como seu propósito ser uma medida acidental que, de acordo com Gomes Filho (1991, p.70), ocorre no curso do processo e a serviço dele para que o resultado não se perca ao longo da persecução penal, justificando-se para evitar que o imputado manipule o material probatório, perturbe a regular marcha processual ou se evada<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> *Ibidem*

LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>24</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

<sup>25</sup> SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo penal Constitucional**, 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>26</sup> Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1110p.

<sup>27</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção De Inocência E Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

Importante também é frisar a incompetência de entes estatais para a decretação de uma medida cautelar, diante da necessidade adotada pelo constituinte de uma decisão judicial para cerceamento de liberdade, expressa nos incisos LXI, LXII, LXV e LXVI do artigo 5º da Constituição Federal<sup>28</sup>. Extrai-se destes dispositivos o princípio da jurisdicionalidade que dispõe que somente o juiz pode determinar a privação de liberdade de um indivíduo e que esta determinação siga as garantias processuais constitucionais do devido processo legal, medida esta fundamental no combate à prisões arbitrárias. Deste princípio de jurisdicionalidade das decisões sobre medidas cautelares pessoais também extraímos a necessidade de uma fundamentação e motivação para que seja feita um controle de legalidade da ação processual. Estas necessidades não interessam somente ao imputado por atingir diretamente sua garantia individual de liberdade perante possíveis decisões arbitrárias, mas também é de suma importância para o próprio Estado que, segundo Gomes Filho<sup>29</sup> (2001, p.32), tem interesse que a lei, sendo ela fundamento de sua existência e vontade, seja cumprida em seus exatos termos pelo Poder Judiciário. A recorribilidade é um direito previsto no artigo 5º, LV<sup>30</sup> da Constituição Federal e no Pacto De San José Da Costa Rica em seu artigo 7.6<sup>31</sup>, que garante a qualquer que se encon-

---

<sup>28</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

<sup>29</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação Das Decisões Penais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

<sup>31</sup> BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. PROMULGA A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA), DE 27 DE NOVEMBRO DE 1969. **Pacto de São José da Costa Rica**. Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal:

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre

tre diante de uma decisão judicial possa recorrer à uma instância superior a fim de que esta decisão seja corrigida. No tocante ao direito jurisdicional de recorrer de uma prisão cautelar a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a necessidade dos estados membros de criarem meios para que tal direito fundamental seja efetivo<sup>32</sup>, estipulando aos países membros o dever de adotar disposições de direito interno com o intuito de servir de recurso à prisões arbitrárias.

A provisoriedade é uma importante característica de uma medida cautelar. Lopes Junior (2012, p.788)<sup>33</sup> propõe uma qualificação didática e apropriada para o desenvolvimento deste trabalho, demonstrando que o segundo vértice da provisoriedade tem caráter de provisionalidade das medidas cautelares. Já consagrado no texto dos §§ 4º e 5º do artigo 282 do Código de Processo Penal<sup>34</sup>, tal dispositivo reflete a situação de *periculum libertatis*, só podendo a prisão cautelar nele ser fundamentada enquanto subsistir o motivo. A provisoriedade propriamente dita, para o autor Lopes Junior (2012)<sup>35</sup>, tem afinidade com o fator tempo, pois a medida cautelar não deve ter caráter de se prolongar no tempo sob pena de mitigar o princípio da presunção de inocência, ou seja, tal medida deve ser apenas para tutela de uma situação fática temporal e deve ter um reexame obrigatório periódico de sua necessidade. No mesmo sentido, Badaró (2015, p.932)<sup>36</sup> aprofunda:

A provisoriedade implica o conceito de temporário, mas não coincide com este. Embora do ponto de vista gramatical as palavras possam ser usadas como sinônimas, é possível fazer uma diferenciação, para fins processuais, no que diz respeito à manei-

---

a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

<sup>32</sup> *Ibidem*

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

<sup>33</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**: e sua Conformidade Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

<sup>34</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:   
 § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1110p.

ra pela qual cessará a eficácia da medida, conforme seja provisória ou temporária. A simples temporariedade de uma situação, isto é, sua duração limitada no tempo, não é de fato suficiente para caracterizá-la como provisória. Nos atos provisórios seu limite temporal ou de duração está condicionado à ocorrência (ou não ocorrência) de outra situação processual.

Neste aspecto de provisoriedade reside um dilema no sistema processual penal brasileiro, ao passo que a CF/88 prevê os princípios da presunção de inocência e o direito a razoabilidade do prazo processual, não há a determinação objetiva legalmente positivada da duração de uma prisão preventiva, podendo esta perdurar enquanto existir motivação para a existência do *periculum libertatis*.

Dessarte, tão grave quanto uma prisão arbitrária, é uma prisão provisória com manutenção indevida ao longo do tempo. Diante do estudo “O alongamento do tempo de prisão e a violação de direitos na custódia de presos no Brasil” (RANGEL; BICALHO, 2017)<sup>37</sup> sobre “cadeia vencida”, que é o termo coloquial utilizado para fazer referência ao preso em uma situação jurídica de prisão além do tempo previsto, revela-se um relevante conteúdo empírico sobre o assunto, citando a superlotação dos presídios como fruto de uma grande parte de detentos que permanecem além do tempo devido, uma grave violação de direitos humanos, demonstrado também na seguinte passagem onde o autor cita uma clara desproporcionalidade na razoabilidade do prazo da prisão cautelar em uma Penitenciária regional da Paraíba, (RANGEL; BICALHO, 2017, p.473)<sup>38</sup>:

para os presos provisórios, por ainda não terem sido julgados e, portanto, pela pena ainda não ter sido determinada, há certa dificuldade em apontar, durante inspeções, exatamente quando se trata de um caso de excesso de tempo de prisão ou não, diferentemente do que acontece com presos já julgados. Mesmo assim, foram constatadas inúmeras situações em que este prazo é alongado de maneira claramente desproporcional, como verificado, por exemplo, na Penitenciária Regional Padrão, do município de Campina Grande, no estado da Paraíba. Assim diz o relatório de inspeção: Trata-se de penitenciária de regime fechado que abriga homens sem condenação, apenas provisórios, com capacidade para 150 apenados. No dia da inspeção do cnpcp havia 454 presos. Além da superlotação, outro grande problema nesta Unidade salta aos olhos: são presos provisórios, em média há mais de um ano sem audiência! Segundo a Direção e o Promotor que acompanhou as Conselheiras, o problema é da vara processante.

---

<sup>37</sup> RANGEL, Flavio Medeiros; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. O alongamento do tempo de prisão e a violação de direitos na custódia de presos no Brasil. **Avances En Psicología Latinoamericana**, [s.l.], v. 35, n. 3, p.473-483, 20 set. 2017. Colegio Mayor de Nuestra Senor del Rosario. <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.4304>. Disponível em: <<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/apl/article/view/4304>>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

Diante de uma situação fática como demonstrado no artigo citado, é necessária uma interpretação de garantismo processual em uma imposição de um dever ao Estado pelo zelo na aplicação de garantias processuais. Este dever é imposto a todos os poderes inerentes. Primeiramente cabe ao Legislativo a criação de um elemento positivado em nosso ordenamento jurídico para definição de um tempo razoável objetivo da prisão preventiva. Ao Executivo compete a formulação de um banco de dados sobre os presos provisórios em custódia nas penitenciárias e o tempo médio que estes permanecem sobre essa situação. Por fim, o Judiciário em sua função de aplicação da lei penal e garantidor dos princípios constitucionais deve aplicar as cautelares respeitando sua excepcionalidade e provisoriedade, garantindo o direito à liberdade da medida cautelar que perde suas características principiológicas e se torna deslegítima (NAKAHARADA, 2015, p.38)<sup>39</sup>. Por outro lado surge para o imputado o direito subjetivo à liberdade pelo prolongamento dos efeitos processuais que deveriam possuir caráter provisório, mas se tornaram prejudiciais diante da desproporcionalidade da prisão cautelar em comparação com a prisão que poderia ter sido aplicada com o provimento final do pleito. O direito ao desencarceramento do imputado em situação de prisão preventiva não encontra base no ordenamento jurídico pátrio<sup>40</sup>, pois em nossa legislação não há um marco temporário objetivo para se determinar o momento em que prisão processual perde a razoabilidade durante sua aplicação. No entanto, há formas de mensurar os limites por meios jurisprudenciais de pactos e tratados internacionais como o Pacto Internacional De Direitos Civis E Políticos e a Convenção Americana De Direitos Humanos.

---

<sup>39</sup> NAKAHARADA, Carlos Eduardo Mitsuo. **Prisão Preventiva: Direito à Razoável Duração e Necessidade De Prazo Legal Máximo**. 2015. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Cap. 1. Disponível em: <[https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=3364546](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=3364546)>. Acesso em: 04 ago. 2018.

<sup>40</sup> Adiante, o sistema legal pátrio é o objeto do capítulo 02 do presente trabalho.

## 2. MEDIDAS CAUTELARES: AS PRISÕES PROVISÓRIAS E SUAS REFORMAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

O presente capítulo tem como objetivo pormenorizar os diversos tipos de medidas cautelares, tendo como foco central a prisão preventiva. “No Código De Processo Penal, embora sem ter um tratamento sistemático, há medidas cautelares pessoais e medidas cautelares patrimoniais ou reais” (BADARÓ, 2015, p.929)<sup>41</sup>. As medidas cautelares pessoais bem como suas disposições no processo penal brasileiro são as seguintes: a temporária, a prisão preventiva (artigos 312 a 315) e as medidas cautelares alternativas à prisão (artigos 319 e 320). A prisão em flagrante (artigos 301 e 302) sofre mudanças conceituais no decorrer das reformas das cautelares e perde seu caráter de cautelar autônoma passando a ser considerada pré-cautelar, se adequando à CF/88, pois como prisão administrativa não possui a jurisdicionalidade exigida pelo constituinte. As medidas cautelares patrimoniais previstas no Código Processual Penal são as de sequestro de bens imóveis (artigos 125 a 131), sequestro de bens móveis (artigos 132), especialização e registro da hipoteca legal (artigos 134 e 135), arresto de bens imóveis prévio ao registro e especialização da hipoteca legal (artigos 136) e o arresto subsidiário de bens móveis (artigos 137) (BADARÓ, 2015, p.929)<sup>42</sup>. A prisão temporária tem lei própria de regulamentação que é a Lei nº 7.960/1989<sup>43</sup>, entretanto não deixa de ser uma medida cautelar.

Importante retornarmos ao entendimento do capítulo anterior acerca dos fundamentos autoritários do Código De Processo Penal e desenvolvermos os avanços das cautelares até o advento de sua reforma pela lei de nº 12.403/11 para que sejam descritas as características peculiares do período autoritário que as cautelares trouxeram consigo. Diante de seu contexto histórico e sócio-político entre guerras mundiais e regimes totalitários, o princípio da presunção de inocência entrou em crise na Itália, como explica Ferrajoli (1995, p.553, Apud LOPES JUNIOR, 2012 )<sup>44</sup>, ao ponto de não haver freios para o uso e abuso da presunção de inocência.

---

<sup>41</sup> Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1110p.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> BRASIL. Lei Ordinária nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe Sobre Prisão Temporária.. Brasília, DF, 22 dez. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em: 10 out. 2018.

<sup>44</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

Con la llegada del fascismo, al entrar abiertamente en crisis la presunción de inocencia, ya no hubo frenos para el uso y el abuso de la prisión preventiva y su abierta legitimación, sin púdicos juegos de palabras, como «medida de seguridad procesal» «necesaria para la defensa social» e indispensable siempre que el delito haya causado una «grave alarma pública».

O código Rocco apresentado por Alfredo Rocco em 1925 como projeto de reforma ao Código de Processo Penal italiano foi formulado no momento histórico em que a Itália passava pelo regime de Mussolini. O código Rocco ampliou enormemente as hipóteses de uma prisão obrigatória e automática e suprimiu os términos máximos, aumentando assim a exacerbação de prazos processuais condicionando a valoração de tais atos pelas qualidades morais e sociais da pessoa, tanto na emissão quanto na suspensão da ordem de prisão cautelar. Então foi quebrada a tutela da presunção de inocência em virtude da vigilância Estatal em torno de uma ideia de segurança social. Neste código a prisão preventiva assumiu uma medida perturbadora inserida pelo fascismo de uma função de obrigatoriedade punitiva, não importando sua finalidade, mas com fundamentos alheios ao processo e mais inerentes à uma subjetiva segurança social. (Ferrajoli, 1995, p.553, apud LOPES JUNIOR, 2012)<sup>45</sup>

La prisión preventiva asumía así la fisonomía de una verdadera medida de prevención frente a los peligrosos y los sospechosos o, peor aún, de una ejecución provisional o anticipada de la pena. Y terminaba por desquiciar completamente la configuración del proceso y, en general, del sistema penal. El elemento más perturbador y aberrante fue sin duda la invención fascista de la obligatoriedad de la captura. Es claro que el automatismo producto de la obligatoriedad resuelve *ex lege* el problema de los criterios y, por ello, de la función de la prisión preventiva, puesto que implica una presunción legal absoluta de peligrosidad, poco importa si de tipo procesal (peligro de fuga o de obstaculización de las pruebas) o penal (~eligro de nuevos delitos futuros por parte del imputado en libertad). Y sobre todo es claro que tal presunción absoluta de peligrosidad -al derivarse (no de la prueba, sino) de .suficientes indicios de culpabilidad., es decir, del mismo tipo de indicios requeridos para formular la imputación equivale por completo a una presunción de culpabilidad del imputado.

Com essa base sócio-política do código autoritário Italiano, retornamos ao código brasileiro de 1941 e vislumbramos a inspiração tomada na formulação de nosso código. Esta configuração se torna clara quando realizamos uma breve leitura à exposição de motivos<sup>46</sup> do código de processo penal de 1941 que além de referenciar o código italiano como exemplo, cita em uma de suas necessidades: “que seja abolida a injustificável primazia do interesse do

---

<sup>45</sup> Ibidem.

<sup>46</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 08 de setembro de 1941. Código de Processo Penal. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ.

indivíduo sobre o da tutela social”<sup>47</sup>. O nosso Código de Processo Penal de 1941 em seu modelo original, assim como o código Rocco também mitiga a presunção de inocência ao tornar o acesso a liberdade provisória rigoroso e a prisão durante o processo um instrumento necessário para o combate a delinquência e a uma “segurança social”.

Interessante notar o quanto este processo penal elaborado e inspirado em um regime fascista serviu durante muito tempo para regimes ditatoriais praticarem abusos de direitos, desde o Estado Novo de Vargas, que o instituiu naquele contexto não só para perseguir inimigos do sistema, mas também os estrangeiros residentes no país que eram oriundos dos países integrantes do Eixo (Itália, Japão e Alemanha) (RODRIGUES, 2017)<sup>48</sup>, até o regime da ditadura militar que o sucedeu. O ordenamento penal e o processual foram fundamentais para a manutenção destes regimes, uma vez que dava amplos poderes para o Estado acusar, perseguir e prender arbitrariamente os que eram contrários ao sistema. Essa ideologia de segurança nacional durante o regime militar validou ao Estado ditatorial práticas violentas na busca de eliminação de “inimigos do estado”. Este modelo de prática processual é explicado por Ferrajoli (1995, p.107, APUD LOPES JUNIOR, 2012)<sup>49</sup> como um “derecho penal máximo” onde não há a hipótese de nenhum culpado sair impune, mesmo que isto custe a incerteza de que algum inocente possa sofrer injustiças. Essa perspectiva descaracteriza a utilidade do processo por servir apenas para uma simples vontade do executor.

## 2.1 Evoluções legislativas e jurisprudenciais

Durante o decorrer do tempo, o capítulo destinado às medidas cautelares foi obtendo reformas importantes à sua adequação a um padrão de processo penal democrático e compatível com a presunção de inocência, afastando-se de um modelo inquisitivo e mitigador desse princípio. Primeiramente, ao analisar o processo penal brasileiro de 1941 em sua origem, existiam cinco modalidades de prisões cautelares (BADARÓ, 2015, p.943)<sup>50</sup>: prisão em flagrante, pri-

---

<sup>47</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 08 de setembro de 1941. Código de Processo Penal. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ.

<sup>48</sup> RODRIGUES, Luiz Antonio Belletti. **Perseguições a estrangeiros em Juiz de Fora durante o Estado Novo: autoritarismo e repressão no contexto da Segunda Guerra Mundial**. 2017. 170 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de História, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2017. Disponível em: <[https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=4993255](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4993255)>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>49</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

<sup>50</sup> Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos

são temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia.

Passamos a analisar agora as mudanças ocorridas na legislação no que se refere às cautelares de acordo com a tempestividade destas alterações. A lei nº 5.349/67<sup>51</sup> aboliu a prisão preventiva obrigatória prevista na redação original, impedindo o juiz de decretá-la de ofício fora do curso da ação penal, bem como revogou o artigo 313, II<sup>52</sup> que assegurava a prisão preventiva pela apuração de o indiciado ser “vadio”, subjetividade que abria espaço para prisões arbitrárias.

Em um momento posterior, a lei de nº 5.941/73<sup>53</sup> alterou a prisão por efeito de pronúncia e em grau de apelação, porém não a retirou, apenas adicionou a ressalva de que se for o imputado primário e de bons antecedentes.

Em meio a um movimento global de guerra às drogas<sup>54</sup> (RODRIGUES, 2012) declarada pelo presidente dos Estados Unidos da América, Richard Nixon, com um discurso de que as drogas eram uma ameaça à sociedade estadunidense e que era preciso combatê-las, surge no Brasil a lei anti-drogas de nº 6.368/76<sup>55</sup> que vedava aos condenados por tráfico o direito a apelar em liberdade em qualquer hipótese, ainda que possuísse bons antecedentes.

A lei nº 6.416/77, ao acrescentar o parágrafo único do artigo 310<sup>56</sup> do Código de Processo Penal deu maior acessibilidade à liberdade provisória, uma vez que vinculava ao juiz

---

Tribunais, 2015. 1110p.

<sup>51</sup> BRASIL. Lei nº 5.349, de 03 de novembro de 1967. Dá nova redação ao capítulo iii do título ix do código de processo penal. (decreto-lei 3.689, de 3/10/1941). Brasília, DF, 07 nov. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5349.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5349.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>52</sup> Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal:

II – nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;

<sup>53</sup> BRASIL. Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973. Altera Os Artigos 408, 474, 594 E 596, Do Del 3.689, De 03/10/1941 - Código De Processo Penal. Brasília, DF, 23 nov. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1970-1979/L5941.htm#art408](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5941.htm#art408)>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>54</sup> RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico e militarização nas Américas: vício de guerra. **Contexto Internacional**, [s.l.], v. 34, n. 1, p.9-41, jun. 2012. Disponível em: <<https://doaj.org/article/6d8327b45c7040ec85b4b995c172d8f0>>. Acesso em: 06 set. 2018.

<sup>55</sup> BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe Sobre Medidas De Prevenção E Repressão Ao Tráfico Ilícito E Uso Indevido De Substâncias Entorpecentes Ou Que Determinem Dependência Física Ou Psíquica, E Dá Outras Providências. Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>56</sup> BRASIL. Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. Altera Dispositivos Do Código Penal (Decreto-Lei 2.848, De 7

conceder a liberdade caso as hipóteses que autorizassem a preventiva não estivessem presentes.

Em 1994 houve modificação no Código de Processo Penal sobre a prisão preventiva pela lei nº 8.884/94<sup>57</sup> acrescentando ao rol de possibilidades de decretação a garantia da ordem econômica.

A lei 11.449/07<sup>58</sup> acrescentou ao artigo 306 do CPP/41 um texto compatível com o artigo 5º inciso LXII da CF/88, garantindo o direito do preso em flagrante a ter sua prisão comunicada à família e ao juiz imediatamente, medida essa importante para que, em caso de prisão ilegal, houvesse o relaxamento desta.

A lei nº 11.690/08<sup>59</sup> alterou o regime de pronúncia extinguindo a necessidade da prisão cautelar do acusado nessa fase recursal. Neste mesmo sentido a lei 11.719/08 aboliu a necessidade de se recolher em prisão para apelar (BADARÓ, 2015, p.943)<sup>60</sup>.

---

De Dezembro De 1940), Do Código De Processo Penal (Decreto-Lei 3.689, De 3 De Outubro De 1941), Da Lei Das Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688, De 3 De Outubro De 1941), E Dá Outras Providências. Brasília, DF, 25 maio 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6416.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6416.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva ( arts. 311 e 312 ).

<sup>57</sup> BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma O Conselho Administrativo De Defesa Econômica – Cade Em Autarquia, Dispõe Sobre A Prevenção E A Repressão As Infrações Contra A Ordem Econômica E Dá Outras Providências. Brasília, DF, 13 jun. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8884.htm#art312](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm#art312)>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>58</sup> BRASIL. Lei nº 11.449, de 15 de janeiro de 2007. Altera o art. 306 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.. Brasília, DF, 16 jan. 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11449.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11449.htm#art1)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.

§ 1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas.

<sup>59</sup> BRASIL. Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências... Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1)>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>60</sup> Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo penal. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1110p.

Após todas estas reformas passaram a existir apenas três modalidades de prisões cautelares: prisão em flagrante delito, a temporária e a prisão preventiva. No entanto, apesar de todas estas modificações, nenhuma influenciou diretamente em uma limitação de tempo para a prisão preventiva, sendo essa indeterminação de tempo resquícios de um processo penal que provém de um regime autoritário. Em uma primeira tentativa doutrinária tentou-se extrair uma delimitação de tempo estabelecendo a soma dos prazos legais para a realização dos atos processuais. Na hipótese de uma sentença de 1º grau em que houvesse a extrapolação de 81 dias e o imputado continuasse preso sem a conclusão do procedimento, surgiria então o direito ao imputado de requerer sua liberdade contra coação ilegal via habeas corpus. Contudo a orientação foi abandonada ao longo do tempo a ponto de a jurisprudência restringir demasiadamente o âmbito da aplicação deste prazo (GOMES FILHO, 1991, p.74)<sup>61</sup>. Tal mitigação de aplicação jurisprudencial da aplicação do critério dos 81 dias culminou na súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça. A súmula cria assim um termo final anterior à prolação da sentença que é incompatível com o direito fundamental de ser julgado em um prazo razoável, fixado no artigo 5º. LXXVIII, da CF/88. Nessa orientação segue a súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça nos processos por crimes dolosos contra a vida.

Superado o conflito, o critério de 81 dias tornou-se obsoleto com o surgimento da lei nº 11.719/08, pois esta modificou o prazo para a audiência de instrução e julgamento no rito ordinário para no máximo 60 dias e do rito sumário pela metade. Na primeira fase do tribunal do júri a lei nº 11.689/08 estabelece prazo de 90 dias para o seu cumprimento. “São marcos que podem ser utilizados como indicativos de excesso de prazo em caso de prisão preventiva. Contudo, são prazos sem sanção, logo, com um grande risco de ineficácia” (LOPES JUNIOR, 2012, p.788)<sup>62</sup>.

Ao longo do projeto de lei 4.208/01 que gerou a lei 12.403/11, houve a tentativa de fixar um prazo de duração da prisão preventiva em seu artigo 315-A, determinando que “a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora”. Entretanto, o dispositivo não prosseguiu no texto final da Lei 12.403/11 e o problema anômalo da prisão preventiva ainda perdura no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, com a permanência da lacuna legislativa sobre a

---

<sup>61</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção De Inocência E Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

<sup>62</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

estipulação de um marco temporal para a duração da prisão preventiva, os meios adotados para verificar se a medida é excessiva são meramente análogos e de simples referência, não havendo qualquer sanção processual de aplicação imediata em caso de não cumprimento da proporcionalidade da prisão processual.

## **2.2 Modalidades e parâmetros normativos de prisões cautelares no processo penal brasileiro**

Levando em consideração o objetivo principal do presente trabalho não abordaremos as cautelares diversas da prisão, constantes no capítulo V do Código De Processo Penal brasileiro, ou ainda da prisão domiciliar, constante no capítulo IV, pois mesmo que essa cause uma relativização na liberdade do indivíduo, não o direciona ao sistema prisional. A lei nº12.403/2011 alterou a parte processual sobre as prisões cautelares. Devido a esta mudança a prisão em flagrante deixa então de ser uma modalidade autônoma de prisão cautelar, tornando-se um momento inicial, pré-jurisdicional e pré-cautelar (BADARÓ, 2012, p.714). Sendo assim, trata-se de uma medida transitória até a decisão jurisdicional aplicar as modalidades de prisão preventiva ou temporária, bem como a concessão da liberdade provisória do acusado ou a revogação da prisão ilegal.

Embora aos olhos da sociedade a prisão estigmatize o indivíduo, seja ela cautelar ou como sanção penal, é necessário que haja entre os aplicadores a distinção entre as duas modalidades. Como foi constatado pelo relatório do CNMP de 2016<sup>63</sup> em uma inspeção aos presídios brasileiros, em muitos casos não ocorre a separação dos presos de acordo com seu regime de cumprimento em sistemas prisionais configurando uma violação ao artigo 84 da Lei de Execuções Penais<sup>64</sup> e ao princípio da presunção de inocência, pois não pode um preso em fase processual estar privado de liberdade juntamente ao condenado por sentença. Os fundamentos, finalidades e hipóteses destas prisões são distintos, pois o legislador dispôs de diferenças entre estas prisões, não podendo elas causarem um mesmo efeito. Sendo assim, em uma visão

---

<sup>63</sup> PÚBLICO, Conselho Nacional do Ministério. **A Visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília: Gráfica e Editora Movimento, 2016. 344 p. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/9948-a-visao-do-ministerio-publico-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro-2016?highlight=WyJzaXN0ZW1hIiwicHJpc2lvcmlzaW9uYWwiXQ==>>. Acesso em: 10 out. 2018.

<sup>64</sup> BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%207.210-1984?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%207.210-1984?OpenDocument)>. Acesso em: 10 out. 2018.  
Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

constitucional de uma inafastabilidade do sistema de garantias mínimas, estas medidas cautelares que cerceiam a liberdade devem ter uma instrumentalidade a serviço máximo da instrução processual e com uma aplicabilidade de acordo com o devido processo penal democrático para reduzir o máximo possível o inegável sofrimento que um cerceamento da liberdade causa ao acusado em uma instrução criminal (LOPES JUNIOR, 2012, p.171).

### 2.2.1 Prisão Em Flagrante

A Constituição Federal prevê a hipótese da prisão em flagrante de delito no dispositivo 5º, LXI<sup>65</sup> sendo esta a única exceção a privação de liberdade do indivíduo sem uma ordem escrita e fundamentada por autoridade competente, ou seja, não há aqui uma aplicação do princípio de jurisdicionalidade pois, como explicado por BADARÓ (2015, p.953)<sup>66</sup>, trata-se de “uma medida que se inicia com natureza administrativa, sendo depois jurisdicionalizada, tendo por finalidade, por um lado, evitar a prática criminosa ou deter seu autor e, de outro, tutelar a prova da ocorrência do crime e de sua autoria.”. Essa medida tem a peculiaridade de poder ser executada por qualquer pessoa opcionalmente, como estipulado no artigo 301 do CPP/41<sup>67</sup>. Por outro lado o Estado tem a obrigação de executar a prisão em flagrante para evitar a continuidade da ação delituosa.

O artigo 302 do CPP/41<sup>68</sup> por sua vez prevê as hipóteses de flagrantes de delito, sendo estes: o flagrante próprio, o flagrante impróprio e o flagrante presumido (BADARÓ, 2015,

---

<sup>65</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 set. 2018.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

<sup>66</sup> Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1110p.

<sup>67</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018. Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

<sup>68</sup> Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

p.954)<sup>69</sup>. A base de fundamentação da caracterização do flagrante como uma medida cautelar pode ser entendida pela origem de sua palavra latina *flagrans*, que significa algo que queima, vinculando este entendimento a um dos requisitos para a aplicação de uma cautelar, o *fumus commissi delicti*. O flagrante é uma hipótese evidente e clara de uma possível “fumaça” decorrida de um fogo que, neste caso, seria o crime.

A verdadeira demonstração do flagrante está contida no artigo 302, I que é quando ocorre o *flagrans*. Já no inciso II temos a hipótese do crime ter acabado de acontecer. Enquanto os incisos I e II são classificados como flagrante próprio, o III é classificado como flagrante impróprio, onde o suposto autor é perseguido pelo ofendido ou pelas autoridades do Estado. Importante ressaltar a explicação de que a expressão “logo após” não indica necessariamente um prazo definido para o fim da hipótese do flagrante, mas sim a indispensabilidade de continuidade entre o cometimento do delito e a perseguição do suspeito, podendo durar horas ou até dias, desde que não haja uma interrupção na perseguição (BADARÓ 2012, p.723)<sup>75</sup>. A última hipótese de flagrante, contida no inciso IV, é denominada flagrante presumido que ocorre quando o indivíduo passa a ser suspeito de ser o autor do delito por estar com “instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração”<sup>70</sup>.

Uma importante ressalva a ser feita sobre a prisão em flagrante é a necessidade de entrega em 24 (vinte e quatro) horas da nota de culpa ao preso e o encaminhamento do auto de prisão em flagrante, documento administrativo que formaliza e descreve os atos praticados, ao juiz competente e ao advogado da parte ou, na falta deste, à Defensoria Pública. Tais requisitos estão dispostos no artigo 306, §2º<sup>71</sup> do CPP/41 e em compatibilidade com o disposto na Constituição em seu artigo 5º, LXII<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Ibidem.

<sup>70</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

<sup>71</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018. Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

<sup>72</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 set. 2018.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

## 2.2.2 Prisão Temporária

A prisão temporária é regulada pela Lei 7.960/1989 surgindo logo após a CF/88, sendo a única com uma expressa regulamentação de delimitação em seu prazo de duração em 5 (cinco) dias, prorrogáveis por mais 5 (cinco) dias (art 2º)<sup>73</sup>, havendo exceção para o crime hediondo em que o tempo será de 30 (trinta) dias e prorrogáveis pelo mesmo período (art 2 §4)<sup>74</sup>. Essa é uma medida utilizada somente durante a fase de investigação policial. No entanto com o advento da reforma ocorrida na lei 12.403/11 e o surgimento do artigo 282, o juiz deve, na aplicação desta medida cautelar, observar os pressupostos da necessidade e adequação da medida (Lopes Junior, 2012, p. 876)<sup>75</sup>. O quesito da necessidade será verificado se a prisão for essencial para a investigação e coleta dos elementos probatórios apontados pela autoridade policial. Já sobre o pressuposto de adequação será constatado a partir da proporcionalidade da prisão diante do novo rol de medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319<sup>76</sup>.

---

propriedade, nos termos seguintes:

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

<sup>73</sup> BRASIL. Lei Ordinária nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. DISPÕE SOBRE PRISÃO TEMPORÁRIA.. . Brasília, DF, 22 dez. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em: 10 out. 2018.

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

<sup>74</sup> § 4º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.

<sup>75</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**: e sua Conformidade Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

<sup>76</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018. Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

Acostumada com o modelo ditatorial, onde se “prendia para averiguações” ou “identificações de suspeitos”, a polícia judiciária brasileira teria sido debilitada diante das novas garantias constitucionais. A pressão exercida como resposta pelo seu enfraquecimento resultou na origem da prisão temporária. Numa cultura em que prisões, buscas e apreensões eram feitas sem a intervenção jurisdicional, Lopes Junior (2012)<sup>77</sup> explica a impossibilidade de uma concepção de uma investigação sem a disposição total do sujeito à investigação. Porém esta prática não obteve espaço diante da nova constituição, obrigando os sistemas de investigações a se adequarem aos novos direitos do cidadão, de um processo penal legal e de não ser levado preso sem ordem judicial. Neste contexto, o presidente da época pós-constituente, José Sarney, diante da pressão das forças policiais, cede e edita a medida provisória nº 111/1989<sup>78</sup>, instituindo a prisão temporária. Uma forma altamente questionada na época, pois se tratando de norma referente ao processo penal e a restrição de liberdade, constitucionalmente deve ser posto em discussão no processo legislativo por meio de um projeto de lei (Lopes Junior, 2012, p.877)<sup>79</sup>.

Pelo defeito genérico e pelos motivos da época, a prisão temporária foi um método para regulamentar o vício das práticas policiais abusivas provenientes da ditadura e, por possuir esse caráter originário, deve ter um fundamento sólido na sua decretação jurisdicional para adequação aos ditames constitucionais do artigo 93,IX<sup>80</sup>. O decreto não pode ser de ofício pois o requerimento só pode partir do Ministério Público ou da representação da autoridade policial após o parquet se manifestar.

---

IX - monitoração eletrônica.

<sup>77</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

<sup>78</sup> Convertida na Lei nº 7.960, de 1989.

<sup>79</sup> Ibidem.

<sup>80</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm)>. Acesso em: 25 set. 2018. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

### 2.2.3 Prisão Preventiva

Adentramos agora na mais importante das medidas cautelares pessoais para este trabalho. É uma prisão cautelar por excelência e a mais típica do ordenamento jurídico pátrio. Ademais é a mais gravosa de todas, em parte por sua indiscriminada aplicação na realidade e por não possuir uma delimitação de tempo ou razoabilidade deste. Antes do advento da lei 12.403/11<sup>81</sup> era a medida mais aplicada como antecipação dos efeitos de eventual sentença condenatória. Após a reforma pôde-se verificar a evidência clara de sua natureza de prisão cautelar, pois foram extintas as figuras da prisão preventiva decorrente de pronúncia e de condenação recorrível. Importante foi a adição de outras medidas cautelares e a classificação da prisão como uma excepcionalidade perante estas últimas, surgindo então uma hipótese de aferir a proporcionalidade da medida ao mensurar a necessidade do cerceamento da liberdade diante de outras cautelares. A reforma adequou a medida aos termos Constitucionais ao impor a jurisdicionalidade e a necessidade de motivação para uma decisão que a decreta, substitua ou a denegue (art. 315)<sup>82</sup>. A reforma das cautelares surge diante de um momento de percepção de um colapso no sistema carcerário brasileiro, na época originado por um modelo de sistema judiciário punitivista e um processo penal lento.

Como medida cautelar que é, exige os pressupostos para a aplicabilidade de toda medida provisória. Deve haver a prova da existência de um crime e indícios de autoria, o *fumus commissi delicti*, melhor conceituado por Lopes Junior (2012)<sup>83</sup> ao dizer que é necessária a:

Existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto.

O último elemento que integra a exigência para a aplicabilidade de uma prisão processual é o *periculum libertatis*. Neste aspecto a lei 12.403/11 pecou ao inserir em seu rol de ca-

---

<sup>81</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, Relativos à Prisão Processual, Fiança, Liberdade Provisória, de mais Medidas Cautelares, e dá Outras Providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 maio 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

<sup>82</sup> Ibidem: Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

<sup>83</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

tegorias a prisão preventiva para a garantia da “ordem pública” e da “ordem econômica”. Por se tratarem de expressões amplas e abertas, a discussão acerca de sua constitucionalidade tornou-se evidente. A presunção de inocência sobre a prisão com fundamento na garantia da ordem pública é vista como “antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade” (Gomes Filho 1991, p.68)<sup>84</sup>. A degeneração constitucional da instrumentalidade de uma medida cautelar é criticada por Lopes Junior (2012)<sup>85</sup>.

Nesse momento, evidencia-se que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais. Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de *segurança pública*. A prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos.

Em âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos estes requisitos são incompatíveis, indo contra o princípio da presunção de inocência contido no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>86</sup>, ainda que seja para impedir que o acusado pratique novos crimes.

Após uma exposição dos benefícios e dos prejuízos que a reforma trouxe à figura das prisões provisórias, passamos a analisar, de uma forma didática, as cinco espécies que o autor Fernandes (2012)<sup>87</sup> classifica as prisões preventivas.

A prisão preventiva originária, imposta a pessoa solta (arts. 312 e 313, CPP); a prisão preventiva derivada, resultante de conversão de prisão em flagrante (art. 310, II,

---

<sup>84</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção De Inocência E Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

<sup>86</sup> BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. PROMULGA A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA), DE 27 DE NOVEMBRO DE 1969. **Diário Oficial da União**: Pacto de São José da Costa Rica. Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Artigo 8. Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

<sup>87</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CPP); a prisão preventiva sancionatória, decretada em caso de descumprimento de outra medida cautelar (art. 312, par. único, CPP); a prisão preventiva protetiva, aplicada para garantir a atuação de medida protetiva em caso de violência doméstica (art. 313, III, CPP) e a prisão preventiva esclarecedora, determinada para que se esclareça a identidade de pessoa suspeita (art. 313, par. único, CPP).<sup>88</sup>

A prisão preventiva originária é cabível na ocorrência de crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, se presentes os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Ao impor esta limitação de tempo, o legislador mesclou as normas processuais às contidas no Código Penal de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois seria desproporcional a aplicação de uma prisão cautelar ao indivíduo que tem direito à substituição de uma pena privativa de liberdade por restritiva de direitos de acordo com o artigo 44 do Código Penal<sup>89</sup>.

Legitimada a admissibilidade legal para a prisão preventiva, a autoridade jurisdicional deverá verificar a existência do *fumus commissi delicti*, comprovando a existência de indícios suficientes de autoria e de materialidade do delito, apontando de maneira objetiva e concreta tais elementos. Em última análise resta a caracterização do *periculum libertatis* no caso, justificado no artigo 312<sup>90</sup> do CPP/41, sendo estipulado por quatro hipóteses: a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a garantia da aplicação da lei penal. Estes conceitos visam indicar situações fáticas cuja proteção se faz necessária e que constituem os fundamentos sem os quais nenhuma prisão preventiva poderá ser decretada (LOPES JUNIOR, 2012)<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>89</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**: Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

<sup>90</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**: Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

<sup>91</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**: e sua Conformidade Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

A modalidade em que a prisão preventiva é resultante de uma conversão da prisão em flagrante a torna diferente das demais pelo fato do indivíduo estar previamente privado de liberdade por meio de uma prisão administrativa que possui caráter pré-cautelar. Esta medida é realizada por uma autoridade policial que tem o dever de colocá-la para apreciação jurisdicional no menor limite de tempo possível. Os requisitos são os mesmos que norteiam as bases de uma prisão provisória, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. O artigo 310, II<sup>92</sup> do CPP/41 vincula a necessidade dos pressupostos do artigo 312<sup>93</sup> para a conversão da prisão em flagrante para a preventiva.

Diverso é o rol das medidas cautelares diversas da prisão que podem ser tomados para alcançar o fim desejado no processo penal. O descumprimento de uma medida cautelar enseja a aplicação da prisão preventiva e esta é a terceira da nossa classificação das prisões preventivas. O artigo 312, parágrafo único<sup>94</sup> do CPP/41 dispõe sobre a aplicabilidade dessa cautelar. Diante do artigo 319<sup>95</sup> do CPP/41 é compreensível a intenção do legislador em reforçar as eficácias das cautelares diversas das prisões. No entanto, não se pode dissociar a característica da excepcionalidade das prisões processuais, disposta no artigo 282 §4<sup>96</sup> do CPP/41. A mesma linha disposta nos artigos anteriores de classificação da prisão preventiva como *ultima ratio*, também se aplica na hipótese de medida protetiva em caso de violência doméstica, regulada pelo artigo 313, III<sup>97</sup> do CPP/41. Dispositivo mais amplo do que o inserido pela lei

---

<sup>92</sup> *Ibidem*: Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

<sup>93</sup> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

<sup>94</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**: Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

<sup>95</sup> *Ibidem*: Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

<sup>96</sup> *Ibidem*: Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:  
§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

<sup>97</sup> *Ibidem*: Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva.

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)<sup>98</sup> pois inclui a mulher, a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou qualquer pessoa com deficiência, sempre no âmbito doméstico. (Lopes Junior, 2012)<sup>99</sup>.

Em última análise, o mecanismo previsto no artigo 313, parágrafo único<sup>100</sup>, do CPP/41, prevê a prisão preventiva para o esclarecimento da identificação do imputado. Semelhante a um dos fundamentos da temporária esta medida deve ter uma interpretação e aplicação cautelosa sendo imprescindível a incidência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* por uma questão de aferição da proporcionalidade da medida. A compreensão deve partir do inciso I do artigo 313<sup>101</sup> para que haja coerência na aplicação desta modalidade de preventiva. A necessidade de ser um crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos torna a prisão para identificação do indivíduo mais equilibrada e menos abstrata.

Acerca dos momentos propícios para a decretação desta medida dispostos no artigo 311<sup>102</sup> do CPP/41, a prisão preventiva pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou no curso da ação processual penal, inclusive após sentença condenatória recorrível (Lopes Junior, 2012)<sup>103</sup>. Trata-se de uma prisão cautelar com possibilidade momentânea mais ampla que as demais podendo ser decretada até na fase recursal.

---

<sup>98</sup> BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 08 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

<sup>99</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

<sup>100</sup> *Ibidem*: Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

<sup>101</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**: Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

<sup>102</sup> *Ibidem*: Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

<sup>103</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

Algumas possibilidades de momentos de decretação desta medida são incoerentes com o texto constitucional e com a coexistência com as demais cautelares. Em um primeiro momento é incompreensível, diante de uma perspectiva de um processo penal legal em que os princípios do juiz natural e da imparcialidade são exigidos, a existência da possibilidade da prisão preventiva decretada de ofício, contida no artigo 311 e 282 §2º<sup>104</sup> do CPP/41. O autor Lopes Junior (2012)<sup>105</sup> demonstra um erro duplo da previsão processual.

O erro é duplo: primeiro permitir a atuação de ofício (juiz ator = ranço inquisitório), conforme exaustiva crítica feita, e, em segundo lugar, por empregar a expressão “no curso da ação penal”, quando, tecnicamente, o correto é “no curso do processo”. Ação processual penal é um poder político constitucional de invocação da atividade jurisdicional, que uma vez invocada e posta em movimento, dá origem ao processo. O que se move, tem “proceder”, é o processo e não a ação penal.

Desta forma, a prisão decretada por ofício viola a imparcialidade, deixando a figura jurisdicional de ser uma parte terceira no processo alheio às vontades e aos interesses das partes e tornando-se um juiz-instrutor, que dispõe de poderes investigatórios, ou um juiz-inquisitivo, que toma decisões monocraticamente (Aury, 2012).

Em outro momento, o paradoxo existencial da prisão preventiva é a sua possibilidade de decretação durante o inquérito policial. A lei 7.960/1989<sup>106</sup> foi criada e elaborada especificamente para o momento da instrução criminal e com limites mais tênues em sua aplicação. Havendo o indício de autoria e prova de materialidade delitiva a justa causa da ação penal estará objetivamente formulada (BADARÓ, 2015, p.964)<sup>107</sup>. Se já são presentes os elementos necessários para a denúncia e não for oferecida estando o acusado preso, a continuação do inquérito policial é ilegal. Inexistindo elementos suficientes para a denúncia tampouco

---

<sup>104</sup> *Ibidem*: Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:  
§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

<sup>105</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

<sup>106</sup> BRASIL. Lei Ordinária nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe Sobre a Prisão Temporária. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 22 dez. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em: 10 out. 2018.

<sup>107</sup> Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1110p.

haverá a possibilidade de haver elementos necessários para a prisão preventiva, referente a “plausibilidade do direito de punir” (BADARÓ, 2015, p.965)<sup>108</sup>.

Com o advento da Lei 12.403/11<sup>109</sup> a prisão em flagrante é fixada como uma medida administrativa pré-cautelares que necessariamente deve ser avaliada por um juiz competente. A autoridade judicial poderá constatar a excepcional necessidade de uma prisão cautelar, porém não haverá a possibilidade da conversão do flagrante em temporária, sendo este um dos momentos em que a prisão preventiva será decretada em sede de instrução criminal. Portanto, uma medida ampla o suficiente para possíveis aberrações processuais, ferindo direitos à liberdade pessoal e sendo mais danosa do que a prisão temporária que possui tempo determinado de sua duração.

No que tange a legitimidade, a preventiva pode ser requerida pelo Ministério Público e pelo querelante, no caso de ação penal privada. O assistente de acusação passou a possuir tal legitimidade com a alteração do artigo 311 do CPP/41 pela lei 12.403/11. A autoridade policial pode representar pela decretação da prisão preventiva, a diferença das situações de representação e requerimento disposta é que a autoridade policial não é parte integrante da ação processual penal. Por este motivo não há requerimento, há a representação ao Ministério Público para que, considerando necessária, peça o requerimento a autoridade judiciária (BADARÓ 2015, p. 965)<sup>110</sup>.

Por força do artigo 5º, LXI e 93, IX<sup>111</sup> da CF/88, somente o juiz de direito competente poderá decretar a prisão preventiva, devendo esta decisão ser fundamentada. Nos demais ca-

---

<sup>108</sup> Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo penal. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1110p.

<sup>109</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, de mais medidas cautelares. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 maio 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

<sup>110</sup> Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo penal. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1110p.

<sup>111</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 set. 2018. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

sos de tribunais a prisão deve ser decretada pelo respectivo desembargador ou ministro competente. Trata-se do princípio da jurisdicionalidade das decisões.

A legislação processual penal estipula os requisitos positivos que regulam o cabimento da prisão preventiva, o artigo 312<sup>112</sup> do CPP/41 norteia a concepção do que pode ser definido como *periculum libertatis*. Em um primeiro momento deve-se esclarecer que não há a possibilidade de decretação de prisão preventiva em crimes culposos (Aury, 2012)<sup>113</sup>, ainda que seja com base nas hipóteses que citaremos mais adiante. Esta característica é devido ao princípio da proporcionalidade e por força do artigo 313, I<sup>114</sup> do CPP/41 onde deixa explícito a necessidade do crime ser doloso e com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, menor que o índice citado somente caberá medidas cautelares diversas da prisão.

A garantia da ordem pública inicia os pressupostos necessários para a decretação da preventiva que estão contidos no artigo 312 caput do CPP/41. A expressão “ordem pública” não é específica e tampouco nos remete a um caso de ação processual penal isolado, neste aspecto cabe a pergunta realizada por Aury (2012): “qual é o objeto da prisão cautelar?”. A finalidade deve-se limitar somente à instrumentalidade do processo em que está vinculada. No entanto a prisão com base na garantia da ordem pública tem se configurado na jurisprudência para cumprir a função midiática de poder punitivo Estatal, “comoção social”, “periculosidade do réu”, “perversão do crime”, “insensibilidade moral do acusado”, “credibilidade da justiça”, “clamor público”, “repercussão na mídia”, “preservação da integridade do indiciado” (BADARÓ, 2015, p.969)<sup>115</sup>. Diante dos fundamentos utilizados para a ordem pública a presunção de inocência não é reconhecida, pois a prisão preventiva serve como um instrumento do ins-

---

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios.

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

<sup>112</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**: Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

<sup>113</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**: e sua Conformidade Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

<sup>114</sup> *Ibidem*: Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

<sup>115</sup> Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1110p.

trumento, uma antecipação da punição como forma social de “exemplaridade” (GOMES FILHO, 1991)<sup>116</sup>. O objetivo real das cautelares deve estar em contraposição com o uso por simples influência social e midiática (Aury Lopes, 2012)<sup>117</sup>.

as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado.

A excepcionalidade da medida e sua instrumentalidade processual devem ser avaliadas pela autoridade judiciária em sua decisão fundamentada. A cautelar deve servir para a função específica dentro da ação processual penal, fora deste parâmetro se torna ilegal, a observação dos limites das cautelares é prevista no artigo 282, I<sup>118</sup>, do CPP/41 e pressupõe sua necessidade unicamente para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais. Estando a garantia da ordem pública excluída das finalidades de “assegurar a instrução criminal” e da “aplicação da lei penal”, medidas já expressas no texto do artigo 312 caput<sup>119</sup> do CPP/41, ela não pode ser caracterizada como cautelar a serviço do processo quando baseado nestes fundamentos (LOPES JUNIOR, 2012)<sup>120</sup>.

A lei 8.884/94<sup>121</sup> que dispõe sobre a prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica é a gênese do acréscimo da garantia da ordem econômica no artigo que versa sobre os fundamentos das cautelares. O intuito principal é o de coibir crimes que envolvam vultosos

---

<sup>116</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção De Inocência E Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

<sup>117</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

<sup>118</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

<sup>119</sup> *Ibidem*: Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria:

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma O Conselho Administrativo De Defesa Econômica - CADE Em Autarquia, Dispõe Sobre A Prevenção E A Repressão As Infrações Contra A Ordem Econômica E Dá Outras Providências.. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 13 jun. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8884.htm#art312](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm#art312)>. Acesso em: 06 out. 2018.

golpes no mercado financeiro e que sejam capazes de abalar a credibilidade na ordem econômica ou do sistema financeiro nacional (BADARÓ, 2015, pag.973)<sup>122</sup>. Tal critério é criticado por possuir pouquíssima utilização forense. A “magnitude da lesão”, requisito previsto para a decretação desta medida, já foi vetada por inconstitucionalidade por não se tratar de exigência de natureza cautelar, pois todo crime tem uma lesão causada e assim sempre existiria a hipótese de prisão. Por fim, o CPP/41 em seu artigo 282, I não prevê o enquadramento da “magnitude da lesão causada” prevista na lei que sobre os crimes financeiros. Desta forma, não é cautelar instrumental nem final e, por isso, também não se enquadra nos “casos expressamente previstos” com a finalidade de “evitar a prática de infrações penais” (BADARÓ, 2015)<sup>123</sup>.

A prisão com fins de conveniência da instrução criminal ou de tutela da prova é utilizada para assegurar etapas, meios e instrumentos para que se possa alcançar o resultado da sentença condenatória. É empregada quando houver indícios de que o acusado intimide testemunhas e tente destruir as provas. Sendo assim, sua finalidade não é diretamente assegurar a eficácia do resultado final, mas sim conservar os meios ou instrumentos para que se possa chegar a tal resultado. Neste aspecto, cessados os motivos que ensejou a prisão cautelar ou já realizada a medida investigatória que essa visava proteger, encerram-se também os motivos que ensejaram os fundamentos da cautelar.

A prisão para assegurar a aplicação da lei penal é para evitar uma provável fuga do acusado. O risco de fuga representa uma tutela tipicamente cautelar, pois almeja resguardar a eficácia da sentença. O risco não pode ser presumido, tem que ser fundado em circunstâncias concretas. A hipótese de o acusado ter fugido não pode, por si só, se encaixar nesse fundamento para a justificativa da prisão preventiva. “Não basta também invocar a gravidade do delito ou a situação favorável do réu.” (LOPES JUNIOR, 2012)<sup>124</sup>.

Por fim, o último requisito positivo é a hipótese de descumprimento de medida cautelar diversa à prisão, contida no artigo 312, §único<sup>125</sup> do CPP/41, acrescentado pela lei

---

<sup>122</sup> Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1110p..

<sup>123</sup> *Ibidem*.

<sup>124</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

<sup>125</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

12.403/11<sup>126</sup>. O legislador inseriu essa possibilidade com o intuito de dar certa eficácia às novas medidas diversas da prisão, evitando o desprezo ou desrespeito destas. Neste caso, porém, não é possível aceitar que o simples descumprimento baste para que o juiz possa decretar a prisão preventiva, pois não se trata este de um *periculum libertatis* abstrato que independe da análise do perigo nos casos fáticos. Diante de uma vasta gama de medidas cautelares diversas da prisão, há a possibilidade de ser mais proporcional a aplicação de uma medida intermediária para que se resolva a exigência do caso concreto, preservando sempre a excepcionalidade da prisão cautelar nestas hipóteses (BADARÓ, 2015, pag. 977)<sup>127</sup>.

O CPP/41 dispõe em seu artigo 314<sup>128</sup> os requisitos negativos para a decretação da prisão preventiva, ou seja, as hipóteses em que esta não será decretada. Havendo fortes evidências da existência da excludente de ilicitude no fato praticado, não caberá a prisão cautelar por falta do *fumus commissi delicti*. A explicação está no caso de que se houver a ocorrência da excludente de ilicitude ou culpabilidade prevista no artigo 23 do Código Penal<sup>129</sup> no caso fático, durante a tramitação do processo restará o dever do imputado ser absolvido pela autoridade judiciária com fundamento nos artigos 386, IV ou no artigo 397, I, ambos do CPP/41 (BADARÓ, 2015, p.967)<sup>130</sup>. Neste sentido, havendo qualquer dúvida fundada sobre a existência do crime ou de uma possível ocorrência de excludentes de ilicitude ou culpabilidade e

---

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

<sup>126</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, de mais medidas cautelares. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 maio 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

<sup>127</sup> Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1110p.

<sup>128</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

<sup>129</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

<sup>130</sup> Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1110p.

sendo-lhe imposta a prisão preventiva ou qualquer outra cautelar que cerceie a liberdade, “háverá a ocorrência de uma injustificada limitação da liberdade pessoal do acusado” (BADARÓ, 2012, pag. 740)<sup>131</sup>.

Toda e qualquer medida cautelar, principalmente a prisão preventiva, exige a observância de um requisito intrínseco, que é a proporcionalidade entre a medida cautelar e a provável pena a ser aplicada ao final do processo. Tal princípio, juntamente com o da excepcionalidade, tomou grande repercussão no âmbito da doutrina, jurisprudência e do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Sob influência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da CIDH, a jurisprudência adotou os critérios de aferição da razoabilidade do prazo da prisão preventiva para apurar a sua legalidade. Ultrapassado o requisito de razoabilidade e ferindo a legalidade da prisão preventiva ela não estará dotada do caráter instrumental e acessório que é inerente a uma cautelar, ainda que em concordância com o artigo 313 do CPP/41 (BADARÓ, 2012, pag. 743)<sup>132</sup>. Sem a observância do exposto acima a prisão provisória se torna mais severa que a definitiva que a substituirá. Ainda que presente as hipóteses de cabimento previstas no artigo 313, o pressuposto positivo contido no artigo 312, o negativo do artigo 314 e um dos requisitos da prisão contemplados no artigo 312, todos os anteriores do CPP/41<sup>133</sup>, a medida cautelar somente será cabível se houver a previsão de aplicação de uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime de encarceramento respeitando a proporcionalidade em seu sentido amplo.

---

<sup>131</sup> Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1110p.

<sup>132</sup> Ibidem.

<sup>133</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

### 3. O BRASIL E OS PRESOS PROVISÓRIOS

Com suas graves deficiências estruturais como a superlotação carcerária e as condições desumanas de custódia o sistema prisional brasileiro implica em uma violação de direitos humanos. Observando os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de Junho de 2016 emitido pelo Departamento Penitenciário Nacional, verifica-se que o número da população carcerária alcançou a marca de mais de 700 mil pessoas privadas de liberdade, 707% em relação ao total registrado no início da década de 90. Estes dados incluem as pessoas privadas em liberdade em estabelecimento prisional (estadual ou federal) e os presos nas carceragens das delegacias. Deste total acima, 40% das pessoas em junho de 2016 não haviam sido julgadas e condenadas. O crescimento de presos em situação provisória entre 2000 e 2016 saltou de 80.775 (35% do total de pessoas privadas de liberdade) para 292.450 (40% do total de pessoas privadas de liberdade).

Pode-se compreender o fenômeno da expansão carcerária no Brasil a partir da análise sobre a explosão da população carcerária dos Estados Unidos, que triplicou, chegando a índices de encarceramento de 650 detentos por 100.000 habitantes em 1997. Um novo modelo penal que potencializa o encarceramento em paralelo com a redução do Estado social. Existem cinco aspectos que caracterizam o “Estado Penal” norte americano (WACQUANT, 2011 apud RANGEL, 2017, p.475) <sup>134</sup>. Tais aspectos possuem similaridades em nossa política punitiva e carcerária:

A expansão vertical do sistema, revelada pelo crescimento de pessoas privadas de liberdade, com cumprimento de pena no interior das prisões; a expansão horizontal da rede penal, observada pelo aumento das medidas de penalização extramuros através das “liberdades” condicional e vigiada; o crescimento do setor penitenciário no seio das administrações públicas, revelando a política de “ação afirmativa carcerária”; o rigor aumentado em relação aos crimes vinculados à drogas e à população negra, e; a privatização carcerária, propiciando um mercado emergente para toda uma rede de serviços de vigilância, alimentos, seguro, serviços, administração, manutenção, arquitetura, financiamento, construção, transporte..

---

<sup>134</sup> RANGEL, Flavio Medeiros; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. O alongamento do tempo de prisão e a violação de direitos na custódia de presos no Brasil. **Avances En Psicología Latinoamericana**, [s.l.], v. 35, n. 3, p.473-483, 20 set. 2017. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.4304>. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/apl/article/view/4304>>. Acesso em: 06 out. 2018.

De acordo com o relatório do Conselho Nacional do Ministério Público emitido em 2016<sup>135</sup>, a superlotação das penitenciárias é agravada em razão do excessivo número de presos provisórios, chegando a cerca de 40% do total de internos, ultrapassando a média mundial que é de 25% (BRASIL, 2016, pág.19)<sup>136</sup>. Tais números refletem uma política penal que, ao deixar de garantir os princípios constitucionais do devido processo penal, fortalece as regras e estratégias de segregação punitiva, como as prisões provisórias, ao mesmo passo que reduz as políticas sociais e encarcera boa parte da população de baixa renda, baixa escolaridade, moradores de periferias, jovens e negros (RANGEL; BICALHO, 2017).

Diante do exposto, é necessária a prática de soluções para a caracterização de um Estado que preserve a presunção de inocência e reavalie periodicamente a necessidade da manutenção das prisões provisórias, garantindo a excepcionalidade e razoabilidade de tempo da prisão preventiva.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2016, o percentual de estabelecimentos prisionais no Brasil que são concebidos para o aprisionamento de presos provisórios é de 49%. Se por um lado pode-se afirmar a preparação estatal para o cumprimento da regra de separação do preso provisório dos presos por sentença condenatória (estando de acordo com o artigo 84 da LEP<sup>137</sup>), em outra visão percebe-se a clara incongruência de um Estado que se propõe a presumir a inocência de seus acusados e realiza a expansão dos estabelecimentos para a prisão provisória, esquecendo assim de sua excepcionalidade de aplicação.

O gráfico abaixo representa os dados de 45% das unidades prisionais do País. São informações referentes ao tempo de aprisionamento das pessoas presas sem condenação a mais

---

<sup>135</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. . A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro. Brasília: Movimento, 2016. 346 p. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/9948-a-visao-do-ministerio-publico-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro-2016>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

<sup>136</sup> Ibidem.

<sup>137</sup> BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%207.210-1984?OpenDocu](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%207.210-1984?OpenDocu)>. Acesso em: 10 out. 2018.  
Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

de 90 dias, do total de 115.120 mil presos provisórios, 47% estavam nesta situação e aguardando julgamento e sentença.

GRÁFICO 1 – Percentual de presos sem condenação com mais de 90 dias de aprisionamento.



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.<sup>138</sup>

<sup>138</sup> BRASÍL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. 65 p. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 29 nov. 2018.

### 3.1 Dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2.0.

Os dados a seguir fazem parte do mais recente relatório emitido pelo Banco Nacional de Monitoramento De Prisões 2.0 do CNJ de Agosto de 2018. Este cadastro é um passo imprescindível para a sociedade brasileira por oportunizar a quantidade de presos por decisão judicial no País, em razão de qual processo eles estão presos e em que condições estão, com a finalidade de: a) auxiliar os órgãos interessados e a autoridade judiciária no cumprimento das prisões decretadas; b) verificar a condição das unidades prisionais onde estes estão; c) permitir a sociedade o conhecimento de quem está preso no Brasil, o porquê de estar preso, por quanto tempo e em cumprimento de qual decisão judicial; d) os juízes possam verificar quando foi cumprida a decisão emitida sobre custódia, onde se encontra o preso e em que condições, bem como por quanto tempo e quais os seus antecedentes criminais; e) fornecer ao Poder Executivo os dados das pessoas para que se possa definir políticas públicas para se assegurar o cumprimento da decisão judicial sobre o preso; f) haja a possibilidade de serem adotadas medidas administrativas de segurança pública que se relacionem aos apenados, visando a repressão ao crime organizado que atua dentro do sistema penitenciário sujeitando detentos às suas imposições. Como descrito no relatório<sup>139</sup>:

O cadastro cumpre a função de oferecer informação básica e segura das pessoas submetidas ao sistema de prisão estatal no Brasil. Sem ela se apresentavam estimativas e amostragens, escaramuças permissivas de continuidade do caótico e desumano sistema penitenciário, que não cumpre qualquer das funções que a prisão deveria atender, como, especialmente, o da ressocialização.

Diante do resultado destes relatórios surgiram medidas paliativas do judiciário para os problemas, um deles foi a adoção de duas medidas criadas pelo CNJ, apelidadas de “Choque de Justiça” e “Grau de Recurso”. Tais medidas levaram a reavaliação e julgamento de 146.992 processos de presos provisórios.

Cabem algumas observações metodológicas dos dados deste relatório do Banco Nacional De Monitoramento De Prisões do CNJ. Os estados de São Paulo não havia finalizado a alimentação dos cadastros no banco de dados e apresentou 76,5% do total já realizado, já o

---

<sup>139</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. . **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2.0:** Cadastro Nacional de Presos. Brasília: Cnj, 2018. 100 p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

estado do Rio Grande do Sul se encontra em mora na implantação do recolhimento dos dados, tendo sido considerado apenas 177 registros provenientes daqueles tribunais. Informações que devem ser levadas em consideração durante as análises apresentadas.

TABELA 1 – Pessoas privadas de liberdade no Brasil por UF.

UF de Custódia	Quantidade de Privados de Liberdade	Percentual
AC	6.909	1,15
AL	4.634	0,77
AM	6.394	1,06
AP	2.856	0,47
BA	16.273	2,70
CE	20.795	3,45
DF	17.431	2,89
ES	21.287	3,53
GO	17.775	2,95
MA	10.421	1,73
MG	58.664	9,74
MS	22.644	3,76
MT	9.414	1,56
PA	15.706	2,61
PB	11.826	1,96
PE	27.286	4,53
PI	4.535	0,75
PR	27.420	4,55
RJ	77.950	12,94
RN	7.427	1,23
RO	8.667	1,44
RR	2.168	0,36
RS**	177	0,03
SC	20.434	3,39
SE	4.893	0,81
SP*	174.620	29,00
TO	3.604	0,60
Não definida***	7	0,00
<b>Total</b>	<b>602.217</b>	<b>100%</b>

Fonte: BNMP 2.0/CNJ – 6 de agosto de 2018 (página – 31)

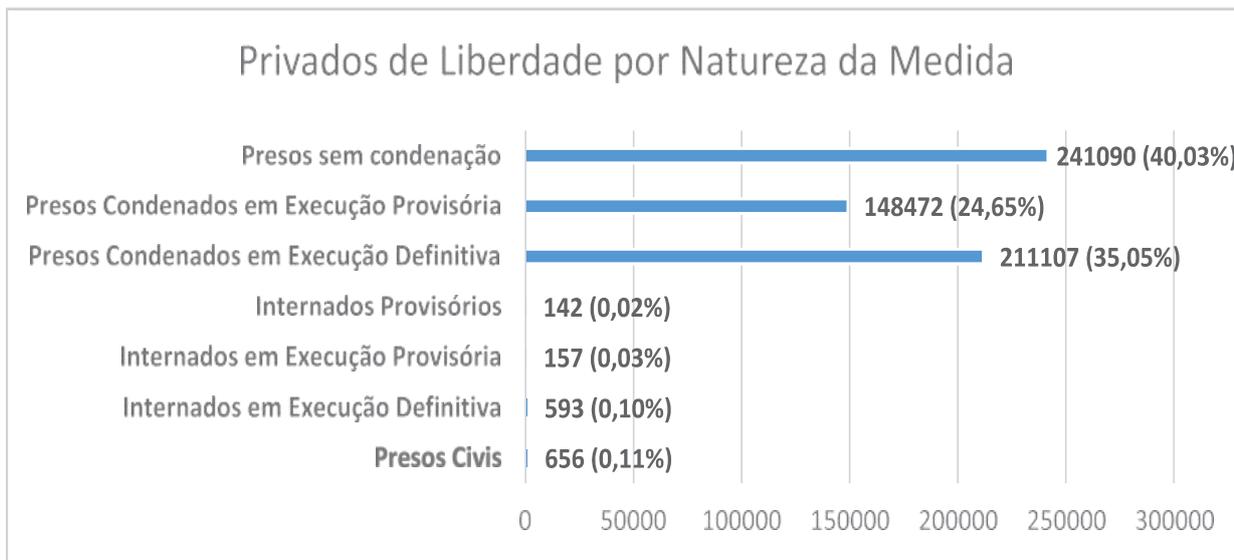
\* O tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ainda não encerrou a alimentação. O TJSP, no dia 6 de agosto de 2018, já possuía 76,5% dos presos estimados cadastrados.

\*\* O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ainda não iniciou a implantação. Os dados constantes referem-se aos presos alimentados por outros tribunais estaduais, cujo preso encontra-se custodiado no Rio Grande do Sul e pelo Tribunal Federal da 4ª Região.

\*\*\* Não definida a unidade de custódia significa que o tribunal, quando da alimentação do cadastro, não informou o local de custódia.

Do total de pessoas privadas de liberdade no país, 0,11% são presos civis; 0,15% são pessoas cumprindo medida de segurança na modalidade internação; 99,74% são pessoas presas em processo de natureza penal. \*

GRÁFICO 2 – Pessoas Privadas De Liberdade Pela Natureza Da Medida.



Fonte: BNMP 2.0/CNJ – 6 de agosto de 2018 (página – 38)

Diante da considerável fonte de dados apresentadas pelos próprios processos judiciais pelo relatório do CNJ. Há a possibilidade de apresentação dos dados detalhados sobre a natureza jurídica das prisões penais e internações, como medida de segurança, em todo o país. No entanto é importante destacar novamente a limitação dos dados, além dos estados de São Paulo e Rio Grande do Sul que não lograram êxito na formulação das informações necessárias para compor o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. Estes dados são restritos apenas ao sistema penitenciário, ou seja, excluem-se os presos em delegacias de polícia, realidade ainda constante em nosso território nacional.

Ressalta-se também o estabelecimento do conceito jurídico de presos provisórios (presos em processos de conhecimento sem trânsito em julgado), estes presos sem condenação em

\* Cumpre anotar que, no sistema, o documento hábil à mudança da natureza da prisão sem condenação para prisão decorrente de condenação é a guia de recolhimento, de modo que são computados como presos sem condenações as pessoas que já condenadas em primeiro grau em relação às quais não foi expedida guia de recolhimento. Neste sentido o parágrafo 1º do artigo 2º da Resolução CNJ n. 113/2010 estabelece o prazo máximo de cinco dias para a expedição da guia de recolhimento definitiva ou de internação, dispondo o artigo 9º do mesmo ato normativo que a guia provisória deve ser expedida após o recebimento de eventual recurso.

primeiro grau jurisdicional são diferentes dos presos condenados e em situação de execução provisória de pena privativa de liberdade. Estes últimos, segundo o relatório, há pronúncia judicial acerca da necessidade de imposição da pena e a possibilidade de benefícios em sede de execução, pois estão sujeitos à LEP. Em uma terceira categoria se encontra os condenados em execução definitiva, cumprindo ao menos uma pena definitiva proveniente de condenação transitada em julgado. \*

TABELA 2 – Prisões Penais Por Natureza Da Medida Por Uf

<b>Tribunal</b>	<b>Presos Condenados em Execução Provisória (%)</b>	<b>Presos Condenados em Execução Definitiva (%)</b>	<b>Presos sem Condenação (%)</b>	<b>Total</b>
TJAC	1.245 (18,14)	3.120 (45,47)	2.497 (36,39)	6.862
TJAL	1.039 (22,85)	578 (12,71)	2.931 (64,45)	4.548
TJAM	914 (14,38)	1.787 (28,11)	3.656 (57,51)	6.357
TJAP	65 (2,30)	1.728 (61,06)	1.037 (36,64)	2.830
TJBA	4.580 (28,31)	3.529 (21,81)	8.071 (49,88)	16.180
TJCE	4.246 (20,49)	5.417 (26,14)	11.061 (53,37)	20.724
TJDFT	526 (3,05)	12.510 (72,58)	4.200 (24,37)	17.236
TJES	3.707 (17,38)	9.498 (44,54)	8.121 (38,08)	21.326
TJGO	1.619 (9,04)	8.295 (46,33)	7.990 (44,63)	17.904
TJMA	1.012 (9,83)	4.202 (40,82)	5.079 (49,34)	10.293
TJMG	9.892 (17,02)	29.480 (50,73)	18.736 (32,24)	58.108
TJMS	10.365 (46,80)	8.825 (39,85)	2.957 (13,35)	22.147
TJMT	1.119 (12,01)	3.945 (42,32)	4.257 (45,67)	9.321
TJPA	4.060 (26,03)	5.110 (32,76)	6.430 (41,22)	15.600
TJPB	994 (8,40)	6.838 (57,76)	4.006 (33,84)	11.838
TJPE	3.549 (13,01)	12.501 (45,84)	11.223 (41,15)	27.273
TJPI	1.104 (24,41)	1.395 (30,85)	2.023 (44,74)	4.522
TJPR	5.493 (20,20)	12.978 (47,73)	8.717 (32,06)	27.188
TJRJ	12.916 (16,65)	19.612 (25,28)	45.048 (58,07)	77.576
TJRN	417 (5,68)	3.472 (47,31)	3.450 (47,01)	7.339
TJRO	546 (6,35)	6.364 (74,00)	1.690 (19,65)	8.600
TJRR	422 (19,44)	956 (44,04)	793 (36,53)	2.171

\* Nas hipóteses em que a mesma pessoa esteja presa, sem condenação e esteja em execução provisória e/ou definitiva da pena, prevalece a condição de condenado definitivo, ou condenado em execução provisória nesta ordem para fins da presente contagem.

TJRS**	S/I	S/I	26 (100,00)	26
TJSC	6.472 (32,03)	8.397 (41,55)	5.339 (26,42)	20.208
TJSE	574 (11,57)	1.270 (25,60)	3.117 (62,83)	4.961
TJSP	70.857 (40,92)	37.334 (21,56)	64.975 (37,52)	173.166
TJTO	445 (12,28)	1.797 (49,59)	1.382 (38,13)	3.624
TRF1	30 (6,65)	33 (7,32)	388 (86,03)	451
TRF2	14 (5,11)	20 (7,30)	240 (87,59)	274
TRF3	128 (12,67)	62 (6,14)	820 (81,19)	1.010
TRF4	37 (7,40)	2 (0,40)	461 (92,20)	500
TRF5	70 (28,34)	33 (13,36)	144 (58,30)	247
<b>Brasil***</b>	<b>148.472 (24,72)</b>	<b>211.107 (35,15)</b>	<b>241.090 (40,14)</b>	<b>600.669</b>

Fonte: BNMP 2.0/CNJ – 6 de agosto de 2018 (página – 40)

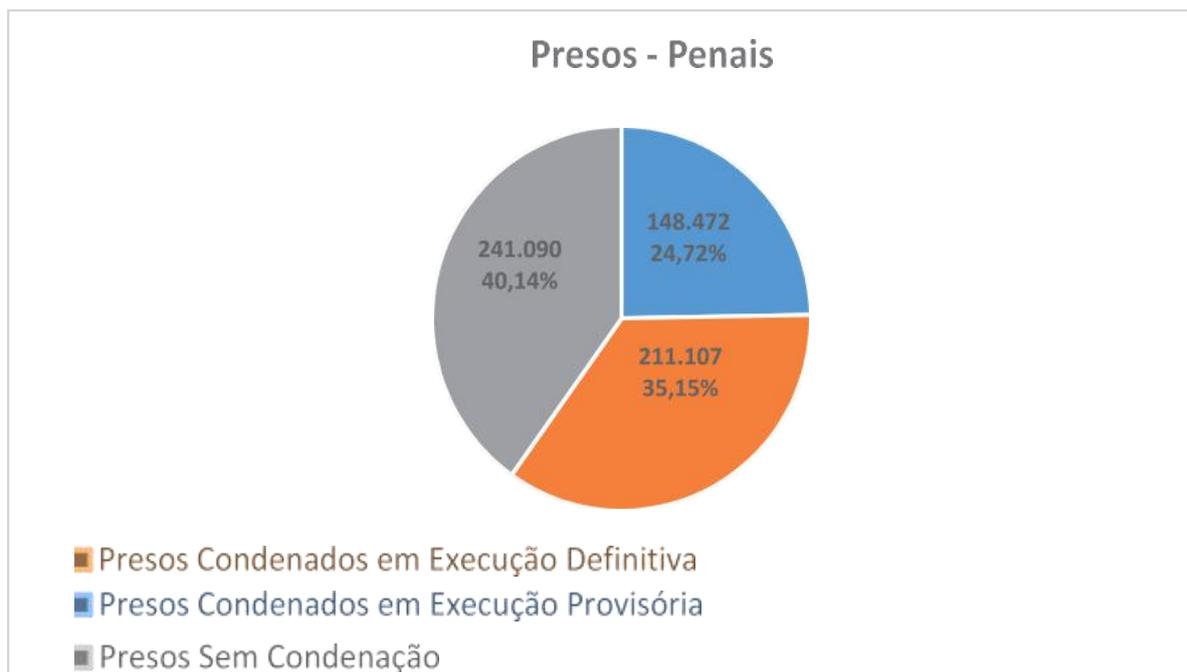
A situação de um percentual elevado de presos provisórios por si só não pode ser uma característica que defina a conclusão de ineficiência do Poder Judiciário. Por vezes, com a devida observância dos prazos há a possibilidade da garantia de uma higidez no procedimento processual penal e esta busca pela higidez implica na dilação dos prazos para o encerramento da instrução. A hipótese em questão é que pode não haver disfunção ou desobediência aos preceitos constitucionais se a prisão preventiva ter 30,60 ou 90 dias, não havendo prolação da sentença, no entanto por ser uma análise subjetiva não pode ser aplicada no todo, deve ser verificada cada sentença em seu caso concreto.

---

\*\* O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ainda não iniciou a implantação. Os dados constantes referem-se aos presos alimentados por outros tribunais estaduais, cujo preso encontra-se custodiado no Rio Grande do Sul e pelo Tribunal Federal da 4ª Região.

\*\*\* Há ainda 259 registros (225 sem condenação; 15 condenados em execução provisória e 19 em execução definitiva) cujo tribunal não foi identificado.

GRÁFICO 3 – Total De Presos Penais.



Fonte: BNMP 2.0/CNJ – 6 de agosto de 2018 (página – 41)

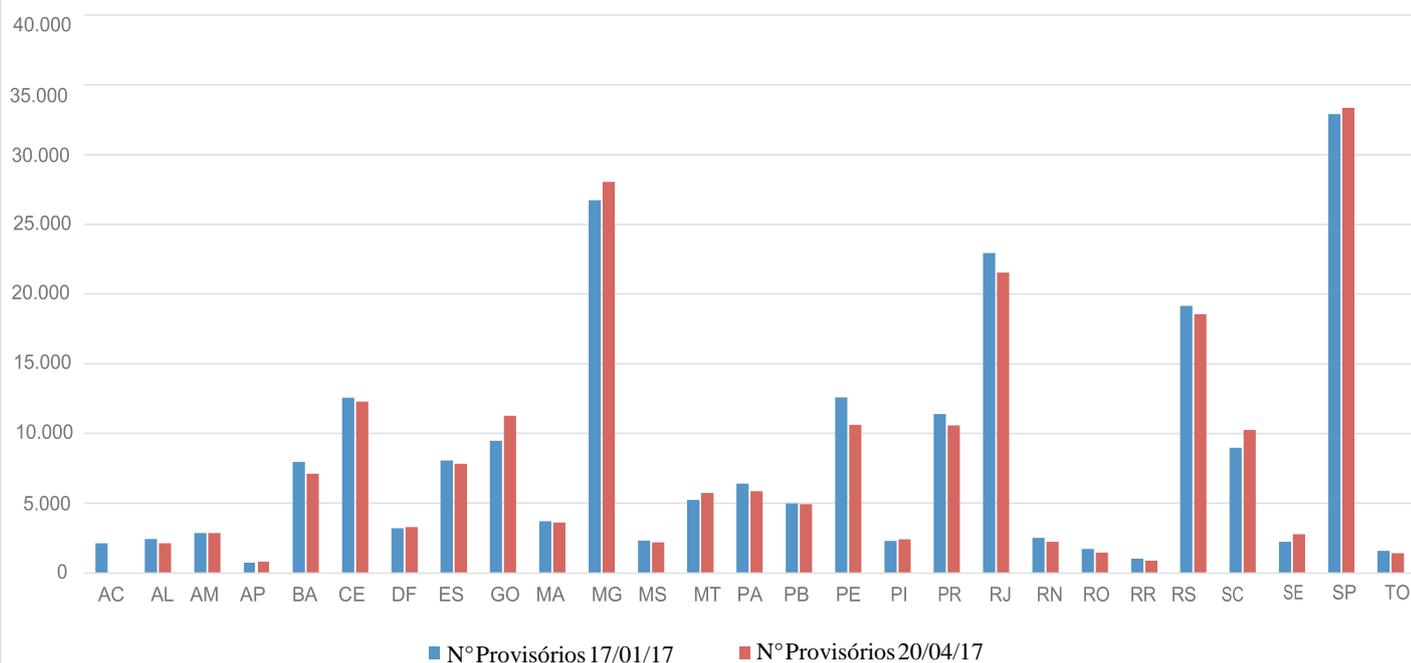
Como disposto no capítulo anterior, não há em nosso ordenamento jurídico, salvo os procedimentos especiais, termo legal em que defina um prazo legal para a prisão preventiva. Deste modo, a opção do legislador de não adotar marcos temporais deixou à doutrina e à jurisprudência a interpretação de tal direito fundamental. Influenciado principalmente pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem e da CIDH, a jurisprudência nacional tem adotado os mesmos critérios de aferição da razoabilidade e da proporcionalidade no prazo da prisão preventiva, com o objetivo de apurar sua legalidade.

### 3.2 O relatório da Reunião Especial de Jurisdição de 2017, “Choque de Justiça”.

Os dados coletados pelo Poder Judiciário para realizar o controle das pessoas privadas de liberdade possibilita um cenário de atuação na pesquisa acadêmica e na jurisprudência pátria, uma vez que coloca a visibilidade da situação carcerária a disposição da sociedade e da atividade jurisdicional prestada. Reforça ainda a violação à excepcionalidade da prisão provisória, considerando o número expressivo de presos nesta modalidade.

Os dados do livro “A visão do Ministério Público Sobre o Sistema Prisional Brasileiro”<sup>140</sup> ocasionou a realização do movimento intitulado “Choque de Justiça” que, através de um relatório elaborado pelos tribunais, “Reunião Especial de Jurisdição”, constatou que 41% das pessoas privadas de liberdade no ano de 2014 encontravam-se sem condenação definitiva. O objetivo deste projeto era realizar esforços concentrados no julgamento de processos relativos a presos provisórios.

GRÁFICO 4 - Presos provisórios em janeiro de 2017 x em abril de 2017.



Fonte: Choque de Justiça – Reunião Especial de Jurisdição. (Página 12)

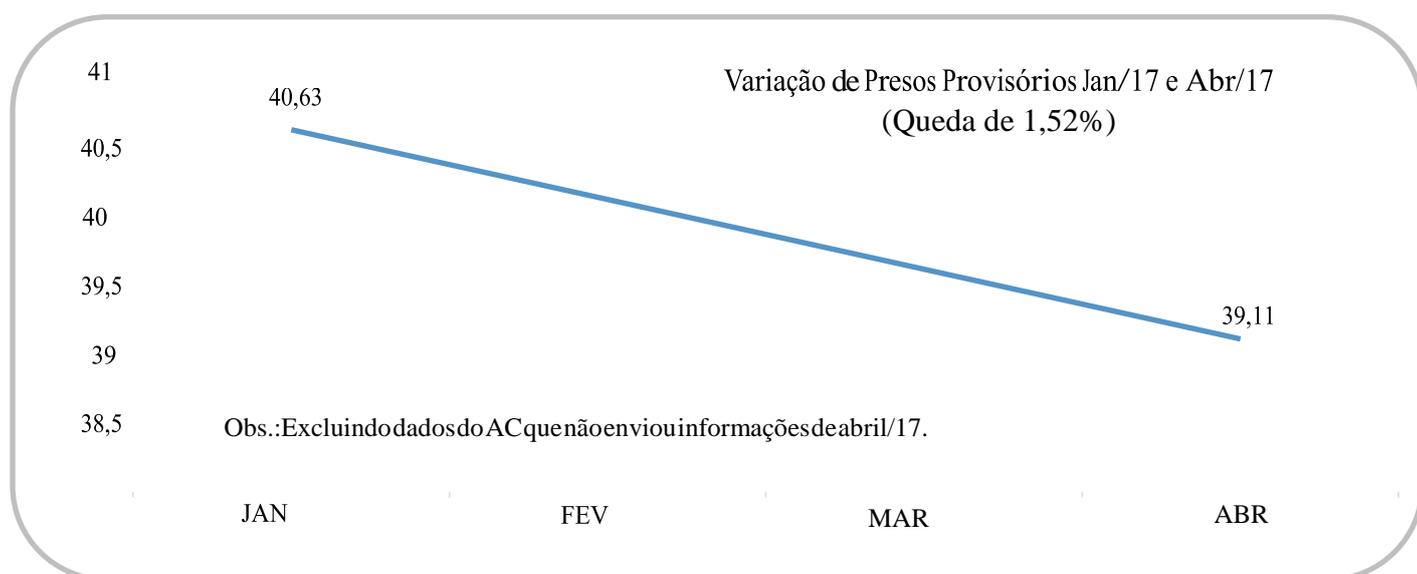
Segundo relatório do Ministério Público em uma inspeção realizada em 1.284 estabelecimentos prisionais foi constatado o número expressivo de 178.460 detentos em situação de prisão provisória, por outro lado, a capacidade total máxima oferecida pelo sistema carcerário era de 86.870. Neste caso, população de presos provisórios era o dobro de sua capacidade de lotação. Um ano após este levantamento, outra inspeção fora realizada em 2015, constatando o aumento nesse número, de 196.749 presos em situação provisória para a capacidade de

<sup>140</sup> BRASÍL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. . **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília: Movimento, 2016. 346 p. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/9948-a-visao-do-ministerio-publico-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro-2016>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

91.032. O “choque de justiça” buscou resolver, mesmo que paliativamente, esta crise no sistema carcerário.

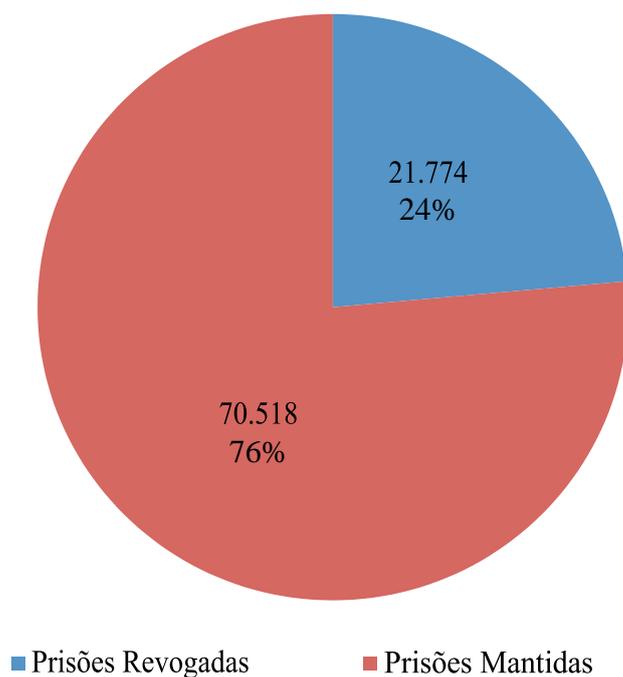
Os resultados obtidos com o projeto realizado entre janeiro e abril de 2017 são demonstrados nos seguintes gráficos.

GRÁFICO 5 – Variação de presos provisórios em janeiro/2017 e em abril de 2017.



Fonte: Choque de Justiça – Reunião Especial de Jurisdição. (Página 14)

Gráfico 6 - Processos de Presos Provisórios com Prisões Reanalisadas: Janeiro a Abril - 92.292.



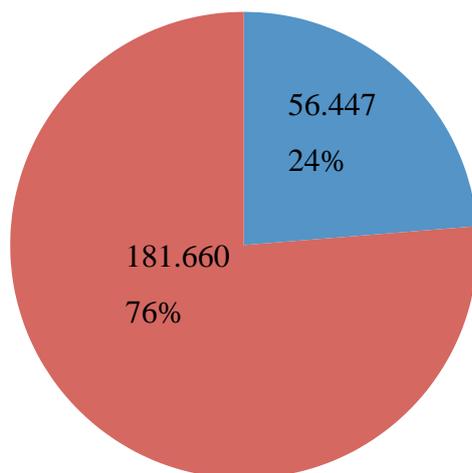
Fonte: Choque de Justiça – Reunião Especial de Jurisdição. (Página 17)

O quadro acima se refere aos 92.292 processos em que foram reanalisadas as medidas cautelares privativas de liberdade durante a operação “Choque de Justiça”<sup>141</sup>. Este número é em relação a 189.834 processos de presos provisórios.

O total de processos julgados neste período – janeiro e abril – corresponde a 24% do total de processos penais. Diversos tribunais conseguiram uma redução significativa no estoque de processos de presos provisórios. O estado de Minas Gerais sentenciou 10,9 mil dos 21,8 mil processos, enquanto que o Amazonas sentenciou 63,45% de seus processos. Os dados acima contidos de processos são maiores do que o número de presos, pois o mesmo pode ser réu em mais de um processo.

<sup>141</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. . **CHOQUE DE JUSTIÇA: REUNIÃO ESPECIAL DE JURISDIÇÃO**. Brasília: Cnj, 2017. 80 p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84923-choque-de-justica-150-mil-casos-de-presos-provisorios-reavaliados>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

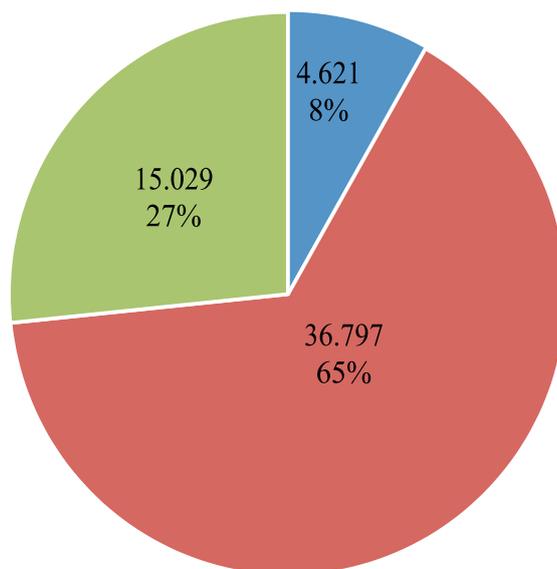
Gráfico 7 - Processos Presos Provisórios Sentenciados no universo de 238.000 Processos de Presos Provisórios.



Refere-se somente aos Tribunais que enviaram informações de Processos de Presos Provisórios Sentenciados.

■ Total de processos sentenciados ■ Total de Processos não Sentenciados

Gráfico 8 - Processos de Presos Provisórios Sentenciados Jan a Abr: 56.447



■ Absolvidos ■ Condenados ■ Outras Decisões: Sentença de Pronúncia, Incompetência, etc.

Fonte: Choque de Justiça – Reunião Especial de Jurisdição. (Páginas 21 e 22)

O Gráfico acima se refere ao total de processos sentenciados e não sentenciados, dessa porcentagem de 24% (56.447), as diversas decisões proferidas foram: a absolvição de 8%, condenação de 65% e sentenças de pronúncia, incompetência ou as demais foram o percentual de 27%.

#### 4. A CIDH E AS PRISÕES CAUTELARES

Neste capítulo será abordado o entendimento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos em questões relacionadas à prisão provisória. O foco principal serão os informes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre os assuntos relacionados ao direito do acusado preso cautelarmente, assim como o método utilizado para aferição da razoabilidade do tempo da prisão processual.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) não foi o primeiro documento a abordar o direito ao prazo razoável do processo no continente. A IX Conferência Internacional Americana, realizada na cidade de Bogotá em 1948, criou a Organização dos Estados Americanos (OEA) e aprovou também a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, orientada na Declaração Universal dos Direitos do Homem. A relevância dela neste trabalho é simplesmente constatar o título histórico da mesma, pois atualmente ela perdeu importância em face do surgimento da Convenção Americana. Esta declaração continha em suas garantias processuais o direito à presunção de inocência, de ter um processo penal em um prazo razoável e o direito à apreciação da legalidade de sua prisão pela autoridade judicial sem demora. Entretanto, o documento que é garantidor efetivo de direitos humanos no contexto americano atualmente é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José de Costa Rica, assinada em 1969, mas que entrou em vigência no ano de 1978.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA). A finalidade é monitorar a promoção e proteção dos direitos humanos através de mecanismos de controle externo, possibilitando a estimulação da consciência dos direitos humanos nos Estados signatários e levar a apreciação da Corte os casos em que esses descumprem as normas contidas no Pacto Internacional dos Direitos Humanos. É importante avaliar a natureza jurídica do tratado da Convenção Americana de Direitos Humanos. Segundo a orientação doutrinária brasileira, a Convenção possui status constitucional, ainda que a mesma não tenha sido aprovada sob o rito do artigo 5º, §3º, da CF/88. Nesta concepção, a norma possuiria tal qualificação em seu aspecto material e não formal. A Jurisprudência, no entanto, firma-se em outro sentido classificando a Convenção como norma de status supralegal, acima das leis e abaixo da CF/88. Tais efeitos não prejudicam o acusado no sentido de

obtenção de seu direito a razoabilidade no tempo processual, pois estando a Convenção Americana em patamar supralegal, o CPP/41 deve ser aplicado de acordo com a orientação da mesma. No entanto, ao deixar de ser reconhecida como norma constitucional, seu conhecimento fica carente de uma fomentação maior para que os aplicadores do direito reconheçam sua vigência no ordenamento jurídico nacional.

Tomando o texto da Convenção Americana abaixo, nota-se a presença dos direitos à garantia da razoabilidade processual nas seguintes normas:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, *sem demora*, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o *direito de ser julgada em prazo razoável* ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, *sem demora*, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e *dentro de um prazo razoável*, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um *recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo*, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais<sup>142</sup>.

---

<sup>142</sup> BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

Diante desta Convenção Americana de Direitos Humanos o Estado possui o dever de garantir uma rápida apresentação do preso cautelar à autoridade judiciária para que possa ser julgada a legalidade de sua prisão em um prazo razoável, garantindo ao imputado que tenha uma segurança sobre a necessidade de uma autoridade judiciária competente para decidir sobre a manutenção de sua prisão. Tais dispositivos seguem constitucionalmente apoiados pelos princípios contidos em nosso processo penal pátrio da legalidade, da jurisdicionalidade, da recorribilidade das decisões, do contraditório, da ampla defesa, do julgamento em um prazo razoável e da presunção de inocência.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos acerca do tema das cautelares possuem algumas similaridades (PACCOLA, 2017)<sup>143</sup>. O primeiro deles foi inserido em nosso ordenamento jurídico em 1992, sob o qual o Brasil é signatário. Em seus artigos é previsto o direito à razoável duração do processo penal, tanto para aquele imputado preso quanto para o que responde em liberdade. Destaque importante para o fato de conter neste Pacto a cominação de sanção em caso de prisão ou encarceramento ilegal, o que abrange a falta de razoabilidade na prisão processual. O segundo, assinado em Roma em 1950, apenas a título de exemplo por não ser aplicado em nosso ordenamento, já continha a garantia da duração razoável do processo. Devido a sua característica totalmente inédita, exerceu grande influência em documentos posteriores pela diferenciação entre “acusado” e “pessoa presa”, ou seja, distinguindo os imputados soltos que respondem processos em liberdades daqueles que se encontram presos. Já a Convenção Americana de Direitos Humanos garante a razoabilidade processual e diferencia a aplicação desta em três categorias diferentes: os processos em geral, o processo penal e o processo penal com acusado preso cautelarmente.

#### **4.1 A garantia da razoabilidade da prisão processual interpretada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos**

Os parâmetros para aferição da violação do direito ao prazo razoável no processo foram aprimorados para as peculiaridades de nossa realidade americana a cada caso apreciado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O conceito geral tido pelo Tribunal Europeu

---

<sup>143</sup> PACCOLA, Amanda Thereza Lenci. Proteção internacional dos direitos humanos. **Rev. Secr. Trib. Perm. Revis.**, [s.l.], v. 5, n. 10, p.227-245, 10 out. 2017. Disponível em: <<http://scielo.iics.una.py/pdf/rstpr/v5n10/2304-7887-rstpr-5-10-00227.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

e que norteia também a CIDH é de que a cautelar deve durar tão somente no prazo em que se considera indispensável para alcançar a finalidade pela qual a mesma fora decretada (LOPES JUNIOR, 2012)<sup>144</sup>. Há peculiaridades na forma de como são ajuizadas as demandas perante a CIDH. A primeira característica é de que não é possível um particular ajuizar uma demanda perante a Corte Interamericana, seja em nome próprio ou de terceiro. O direito de petição do cidadão é exercido perante a Comissão Interamericana e somente esta pode demandar perante a Corte. Desta forma, aos particulares resta submeter a violação de direitos humanos ao conhecimento da CIDH. A Comissão, ao reconhecer que um Estado tenha de fato violado garantias previstas na Convenção Americana dos Direitos Humanos e tenha se esgotado as vias internas de julgamento emitirá um informe relativo ao caso, que nem sempre serão publicados de imediato por possuírem caráter confidencial quando aprovados, e representará perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o país demandado.

O primeiro caso submetido à comissão que possui relação ao tema da razoabilidade do prazo processual e da presunção de inocência é o 10.037 que gerou o informe de nº 17/89 - *Firmenich contra Argentina*<sup>145</sup> (1989). Este caso tratou especificamente sobre a suposta violação aos direitos contidos respectivamente nos artigos 7.5 e 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A alegação é de que o indivíduo encontrava-se detido por mais de cinco anos sem um julgamento final, contrariando lei argentina sobre uma razoabilidade da prisão em dois anos. O cidadão Mario Eduardo Firmenich foi submetido a dois processos perante tribunais argentinos, um por homicídio duplamente qualificado e tentativa de homicídio e outro de extorsão mediante sequestro. A Comissão, em fase de apreciação, negou a alegação de violação do princípio da presunção de inocência por não constar nos autos a arbitrariedade na condução do processo por parte do Estado argentino. Constatou a competência das autoridades judiciárias do caso e a imparcialidade, bem como a regra seguida pelo ordenamento jurídico processual aplicado a todos os cidadãos argentinos. A Comissão não reconheceu uma violação a Convenção Americana, pois o prazo da prisão era razoável por conta das condições pessoais do imputado e das características do fato punível.

---

<sup>144</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal:** e sua Conformidade Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

<sup>145</sup> CIDH, Informe Nº 17/89. CASO 10.037. Firmenich contra Argentina. 13 de abril de 1989. Disponível em: < <https://www.cidh.oas.org/annualrep/88.89eng/Argentina10.037.htm>>, acesso em 21/11/2018.

No caso *Giménes contra Argentina*<sup>146</sup> (1996) a Comissão Interamericana considerou que o Estado argentino violou a Convenção por cercear o direito à liberdade do imputado e manter esta situação por mais de cinco anos sem uma condenação judiciária. A verificação da violação da razoabilidade da prisão processual foi realizada com base em dois critérios. Primeiramente a prisão deve ser justificada de acordo com os fundamentos válidos com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Após essa certificação, observa-se o exame das diligências tomadas pelas autoridades na instrução processual para que a medida não perdesse o seu propósito de instrumentalidade. Deste modo, trata essa cautelar como uma medida excepcional em vista do direito a liberdade pessoal e a presunção de inocência, garantias do devido processo legal. O informe aborda as consequências que uma detenção preventiva prolongada pode afetar ao direito contido no artigo 8.2 da Convenção, que dispõe sobre a presunção de inocência, pois a medida que transcorre o tempo aumentam os limites dos riscos da capacidade de garantia da ampla defesa do réu de apresentar provas e contra argumentos.

A adoção do critério de aferição da necessidade da medida cautelar é demonstrada nos casos *Bronstein y otros contra Argentina*<sup>147</sup> (1997), *Garcés Valladares contra Equador*<sup>148</sup> (1999). Nestes pronunciamentos a Comissão dispôs critérios para a aferição dos fundamentos da aplicação de uma prisão cautelar, são eles: (i) Presunção de que o acusado cometeu um crime, (ii) Perigo de fuga, (iii) Risco de cometimento de novos crimes, (iv) Riscos ao procedimento investigatório, (v) Intimidação de testemunhas e (vi) Preservação da ordem pública. Porém, a verificação da razoabilidade da prisão provisória não pode ser baseada apenas no fundamento que a decretou, mas também na comprovação de que as autoridades utilizaram a devida diligência nos respectivos processos para que a medida cautelar não perdesse seu propósito instrumental, sem se prolongar no tempo.

O caso *Peirano contra Uruguay*<sup>149</sup> (2009), um dos mais recentes, referente aos irmãos que ficaram presos ininterruptamente por aproximadamente cinco anos. Eles tiveram diversos pedidos de liberdade negados pelas autoridades judiciárias uruguaias com o fundamento do

---

<sup>146</sup> CIDH, Informe N° 12/16. CASO 11.245. *Giménes contra Argentina*. 01 de março de 1996. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/95span/cap.III.argentina11.245.htm>>, acesso em 21/11/2018.

<sup>147</sup> CIDH, Informe N° 2/97. CASO 11.205 e outros. *Bronstein y otros contra Argentina*. 11 de março de 1997. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm>>, acesso em 21/11/2018.

<sup>148</sup> CIDH, Informe N° 14/98. CASO 11.778. *Garcés Valladares contra Equador*. 2 de março de 1998. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Ecuador11.778.htm>>, acesso em 21/11/2018.

<sup>149</sup> CIDH, Informe N° 86/09. CASO 12.553. *Peirano contra Uruguay*. 06 de agosto de 2009. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>>, acesso em 21/11/2018.

fato ser o mais proeminente e complexo caso de fraude da história do país. Em informe emitido, a Comissão exerceu a avaliação com base em dois aspectos para determinar se a prisão preventiva constituiu uma violação do direito à liberdade pessoal das garantias da Convenção Americana. Em primeiro momento as autoridades deveriam justificar as medidas aplicadas. Concluiu então que as autoridades judiciais uruguaias falharam na justificação da prisão preventiva aplicada aos irmãos *Peirano Basso*, contendo justificação nula em algum dos casos. A Comissão não prosseguiu em uma segunda análise sobre a diligência das autoridades para a solução do processo com uma razoabilidade de prazo, pois considerou a medida aplicada sem justificativa suficiente. A fundamentação na natureza repreensível do crime, apresentada pelo Estado uruguaio para a prisão preventiva viola o princípio da presunção de inocência. Por constituir um critério com base material, a prisão aplicada passa a ter um caráter punitivo e não processual, ou seja, não serve para o procedimento processual em si.

Em síntese, o entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos reforça o caráter acessório e excepcional das prisões provisórias. Verifica-se a aplicação pela Comissão de uma análise de dois aspectos para aferir se a prisão provisória constitui uma violação às garantias judiciais previstas no texto da Convenção Americana. Em primeiro lugar, se a justificativa das autoridades judiciais para a decretação da prisão preventiva se encontra de acordo com os critérios estabelecidos pela Comissão de (i) Presunção de que o acusado cometeu um crime, (ii) Perigo de fuga, (iii) Risco de cometimento de novos crimes, (iv) Riscos ao procedimento investigatório, (v) Intimidação de testemunhas e (vi) Preservação da ordem pública. Em segundo lugar, após a constatação de um dos requisitos a Comissão procede na avaliação das diligências tomadas pelas autoridades nos processos, para que a prisão preventiva mantenha seu caráter de acessoriedade e provisoriedade.

## 5. DISCUSSÕES ACERCA DO NOVO CPP E A POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA O TEMA.

Conforme disposto no presente trabalho, o Código De Processo Penal é carente de um critério objetivo para a definição do marco temporal da prisão preventiva. Esta análise é realizada atualmente com um aspecto subjetivo e por analogia aos prazos dos procedimentos processuais. Os critérios ocasionam violações ao princípio da presunção de inocência, pois, devido ao caráter abstrato dos mesmos, possibilitam arbitrariedades por parte da autoridade judicial. A estrita legalidade do qual o processo penal deve seguir devido ao princípio do devido processo legal (penal legal), serve de garantia para o indivíduo contra os excessos que o Estado pode realizar ao praticar seu dever de persecução e punição penal. O princípio vincula e restringe os parâmetros de legalidade das ações praticadas pelo Estado para que tenham validade jurídica.

A constatação de que o Estado brasileiro reconhece o direito a um processo em um prazo razoável é demonstrado no inciso LXXVIII do artigo 5º da CF/88<sup>150</sup>, pelo artigo 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>151</sup> e no artigo 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>152</sup>. A procura pelo tempo razoável de tramitação do processo pe-

---

<sup>150</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 set. 2018. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>151</sup> BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018. **ARTIGO 9**

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

<sup>152</sup> BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018. Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

nal é imprescindível para que seja prestada a tutela jurisdicional com eficiência<sup>153</sup>, para que não ocorra de a decisão que vier a ser proferida depois de um longo período perca a razão originária do processo, que é a de se “fazer justiça”. Parafraseando Rui Barbosa “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. Da constatação deste direito ao prazo razoável surge para o indivíduo preso cautelarmente o direito a pretensão de liberdade caso a prisão preventiva venha a se estender no tempo sem motivação ou sem uma reavaliação periódica para constatar em sua prisão a característica acessória de uma cautelar. Por outro lado, surge para o Estado a responsabilidade de preencher o Poder Judiciário de meios materiais e humanos para uma prestação jurisdicional que procure diminuir ao máximo as injustiças causadas por processos esquecidos no tempo, bem como deve o Legislativo instituir leis processuais para que sejam protegidos princípios importantes para o devido processo legal democrático cumprir sua função, que é a de oportunizar a prestação da pretensão punitiva do Estado respeitando os direitos do indivíduo acusado. Em um ordenamento jurídico em que o Estado monopoliza a administração da justiça, é dever desse possibilitar meios para que a finalidade processual seja atingida sem o atropelamento de direitos e garantias individuais. A garantia da duração razoável do processo tem um intuito de minimizar os danos que uma ação penal causa e garantir que o imputado permaneça nessa situação somente por um prazo necessário, sendo essa garantia ainda mais importante ao imputado preso, garantindo um direito a razoabilidade da duração de sua prisão<sup>154</sup>.

Em consequência do exposto acima, é necessário que haja uma matéria referente à duração da prisão preventiva regulamentada. Desta forma, se ampliará os parâmetros para uma proteção do princípio da presunção de inocência se aproximando de um processo penal legal com os preceitos constitucionais. Atualmente, em trâmite perante a Câmara Federal, após aprovação no Senado, o Novo Código de Processo Penal<sup>155</sup> visa adequar o CPP/41 aos parâ-

---

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

<sup>153</sup> TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

<sup>154</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

<sup>155</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 8045, de 22 de dezembro de 2010. Novo Código de Processo Penal. **Câmara dos Deputados**. Brasília, DF, Disponível em: <[https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010)>. Acesso em: 25 nov. 2018.

metros constitucionais, incorporando reformas pontuais dos últimos anos e eliminando de vez o Código vigente que, como citado nos primeiros capítulos<sup>156</sup> do presente trabalho, provém de um período ditatorial getulista e é inspirado pelo Código da Itália Fascista.

O Projeto tem a previsão de seis livros (da persecução penal, do processo e dos procedimentos, das medidas cautelares, das ações de impugnação, das relações jurisdicionais com autoridade estrangeira e das disposições finais). O sistema acusatório é expressamente adotado, a fim de garantir a imparcialidade do julgador e a presunção de inocência do acusado.

A prisão preventiva tem modificações previstas no projeto, mesmo sendo mantida a garantia da ordem pública e da ordem econômica, o artigo 556<sup>157</sup> acrescenta ainda o fato da extrema gravidade do fato e da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor. Apesar do aumento das causas motivadoras da prisão preventiva os parágrafos delimitam o tema, enquanto o §1º prevê a expressa proibição da utilização da prisão preventiva como antecipação de pena o §2º proíbe a fundamentação da medida cautelar com base somente no clamor público<sup>158</sup>.

Em relação a prisão preventiva o projeto se aproxima do ideal garantista da CF/88, reiterando a consagração da garantia da presunção de inocência de todos os indivíduos. A inserção da subseção II, “Prazos máximos de duração”, no capítulo referente às prisões provisórias institui limites de duração da prisão preventiva, inserindo variáveis na observação dos prazos.

Art. 558. Quanto ao período máximo de duração da prisão preventiva, observar-se-ão, obrigatoriamente, os seguintes prazos:

---

<sup>156</sup> Capítulo 2, página 24.

<sup>157</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 8045, de 22 de dezembro de 2010. Novo Código de Processo Penal. **Câmara dos Deputados**. Brasília, DF, Disponível em: <[https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010)>. Acesso em: 25 nov. 2018.

Art. 556. Havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, a prisão preventiva poderá ser decretada:

I – como garantia da ordem pública ou da ordem econômica

II – por conveniência da instrução criminal

III – para assegurar a aplicação da lei penal

IV – em face da extrema gravidade do fato

V – diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor.

<sup>158</sup> *Ibidem*:

§1º A prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação da pena.

§2º O clamor público não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva.

I – 180 (cento e oitenta) dias, se decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível, observado o disposto nos arts. 14, VIII e parágrafo único, e 31, §§ 3º e 4º;

II – 360 (trezentos e sessenta) dias, se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível, não se computando, no caso de prorrogação, o período anterior cumprido na forma do inciso I do caput deste artigo.

§ 1º Não sendo decretada a prisão preventiva no momento da sentença condenatória recorrível de primeira instância, o tribunal poderá fazê-lo no exercício de sua competência recursal, hipótese em que deverá ser observado o prazo previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Acrescentam-se 180 (cento e oitenta) dias ao prazo previsto no inciso II do caput deste artigo, incluindo a hipótese do § 1º, se houver interposição, pela defesa, dos recursos especial e/ou extraordinário.

§ 3º Acrescentam-se, ainda, 60 (sessenta) dias aos prazos previstos nos incisos I e II do caput deste artigo, bem como nos §§ 1º e 2º, no caso de investigação ou processo de crimes cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou superior a 12 (doze) anos.

§ 4º Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o prazo a que se refere o inciso I do caput deste artigo terá como termo final a decisão de pronúncia, contando-se, a partir daí, mais 180 (cento e oitenta) dias até a sentença condenatória recorrível proferida pelo juiz presidente.

§ 5º Os prazos previstos neste artigo também se aplicam à investigação, processo e julgamento de crimes de competência originária dos tribunais.

A fixação de 180 dias, proveniente da redação original da Lei do Crime Organizado, constitui prazo máximo estipulado para a duração da prisão antes da sentença condenatória, este limite é ampliado em 60 dias (§3º) quando houver fundamento na gravidade abstrata dos crimes, cuidadosamente é ressaltada a necessidade de o delito prever pena máxima igual ou superior a 12 anos. A diferenciação dos prazos para cada fase da persecução também são observados, no inciso II o prazo máximo da preventiva passa a ser de 360 dias para o procedimento após a prolação da sentença condenatória recorrível. Independente da contagem do prazo efetuada durante a persecução penal, a prisão preventiva nunca poderá exceder quatro anos, conforme o §2º do artigo 559<sup>159</sup>, sendo consequência do excesso de prazo da prisão pre-

---

<sup>159</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 8045, de 22 de dezembro de 2010. Novo Código de Processo Penal. **Câmara dos Deputados**. Brasília, DF, Disponível em: <[https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010)>. Acesso em: 25 nov. 2018.  
Art. 559. Os prazos máximos de duração da prisão preventiva serão contados do início da execução da medida.

ventiva a liberdade do indivíduo ou medida cautelar alternativa, como previsto no §4º do artigo 560<sup>160</sup>.

A determinação de prazos de duração da prisão preventiva no projeto do Novo Código de Processo Penal é um sinal de prosperidade no âmbito da garantia dos direitos processuais e humanos em nosso ordenamento jurídico. A inserção da revisão periódica da prisão preventiva a cada 90 dias<sup>161</sup> garante ao indivíduo e impõe à autoridade judiciária a vigilância constante da excepcionalidade e necessidade da medida. A definição de prazos vai de encontro com os princípios constitucionais que regem a pretensão punitiva Estatal por meio de um processo penal democrático e com a visão da liberdade como regra no decorrer do processo penal. A garantia de uma análise da necessidade e da proporcionalidade de sua prisão cautelar a uma parte considerável da população que se encontra presa cautelarmente no caos da superlotação penitenciária. A expectativa é de que o projeto seja aprovado mantendo a previsão de limites temporais da prisão preventiva, bem como a revisão periódica da medida. O que se espera é que não ocorra a exclusão destas previsões como foi na PL 4208/2001 (Transformado na Lei Ordinária 12403/2011 – Lei das Medidas Cautelares) que tentou inserir um prazo máximo da cautelar em seu texto no artigo 315-A que determinava: “a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora” (LOPES JUNIOR, 2012)<sup>162</sup>.

---

§2º Não obstante o disposto no §1º deste artigo, em nenhuma hipótese a prisão preventiva ultrapassará o limite de 4 (quatro) anos, ainda que a contagem seja feita de forma descontínua.

<sup>160</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 8045, de 22 de dezembro de 2010. Novo Código de Processo Penal. **Câmara dos Deputados**. Brasília, DF, Disponível em: <[https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010)>. Acesso em: 25 nov. 2018.

Art. 560. Ao decretar ou prorrogar a prisão preventiva, o juiz indicará o prazo de duração da medida, findo o qual o preso será imediatamente posto em liberdade, observando o disposto nos §§ 1º e 4º deste artigo: §4 Verificado excesso no prazo de duração da prisão preventiva, o juiz, concomitantemente à soltura do preso, poderá aplicar medida cautelar pessoal de outra natureza, desde que preenchidos todos os requisitos legais.

<sup>161</sup> *Ibidem*:

Art. 562. Qualquer que seja seu fundamento legal, a prisão preventiva que exceder 90 (noventa) dias será obrigatoriamente reexaminada pelo juiz ou tribunal competente, para avaliar se persistem, ou não, os motivos determinantes da sua aplicação, podendo substituí-la se for o caso, por outra medida cautelar.

<sup>162</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**: e sua Conformidade Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho apresentou como objetivo a análise da problemática processual da inexistência de uma limitação temporal da prisão preventiva e demonstrou como esta situação coloca a aplicação da cautelar em um sentido adverso à que a medida realmente se propõe, descaracterizando-a de suas essências de instrumentalidade e provisoriedade. A falta de um marco temporal positivado concorre para o crescimento da população carcerária brasileira, a quantidade de processos e de presos provisórios – número maior do que as vagas no sistema penitenciário – aumenta devido a uma falta de um critério objetivo para o limite temporal da cautelar e a carência de uma reanálise da necessidade da mesma no decorrer do processo.

Percebe-se no texto aqui exposto que o direito ao processo em um tempo razoável já se encontrava previsto no ordenamento pátrio e nas convenções em que o Brasil é signatário. A garantia tem íntima ligação com o princípio da presunção de inocência que garante um dever de tratamento ao indivíduo imputado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, ao perder-se a razoabilidade do prazo processual ocorre a mitigação da presunção de inocência durante na ação penal. Como exposto no presente trabalho, a Constituição Federal garante a todos a razoável duração do processo, seja ele no âmbito administrativo ou judicial. Também preveem essa garantia a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, tratados internacionais em que o Brasil é signatário, reforçando a ideia de uma necessidade de um prazo razoável do processo, principalmente para o indivíduo preso antes de decisão condenatória.

O Código de Processo Penal vigente foi elaborado sob a égide de um Estado autoritário com matrizes inquisitórias inspiradas no Código de Processo Penal *Rocco*, da Itália fascista. Difícil se torna a recepção de um Processo Penal inquisitorial por um Estado baseado na Constituição democrática de 1988, com uma série de princípios formadores do devido processo legal. Como exposto nos capítulos anteriores, é um árduo trabalho combinar as garantias processuais constitucionais, principalmente a presunção de inocência que garante a liberdade do indiciado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, com um processo penal que demonstra seu caráter inquisitivo ao atribuir poderes para o juiz agir de ofício e possibilita um subjetivismo na aplicação e manutenção da prisão preventiva no decorrer da pretensão punitiva Estatal. Deste modo, a violação do direito fundamental a presunção de inocência é inerente

a todo processo em que a medida cautelar seja aplicada deliberadamente e sem a previsão de uma limitação legal de sua duração.

Com o advento da Lei 12.403/2011, surge então a possibilidade de formas alternativas de medidas cautelares diversas da prisão e caracterizando a privação de liberdade durante o trâmite processual como uma medida excepcional. Ademais, a reforma enfatiza o caráter instrumental das cautelares pessoais, reforçando os requisitos do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Entretanto, a lei deixou de trazer consigo (excluiu o dispositivo do projeto originário inclusive) a inserção de um limite temporal objetivo da prisão preventiva, sendo a única entre as cautelares com esse vestígio inquisitorial.

Com base nos dados oficiais produzidos pelo DEPEN, CNJ e CNMP foi possível constatar a alta porcentagem de presos processuais. O tempo, diante destes dados, se torna fator essencialmente importante para a avaliação de uma possível violação dos direitos e garantias fundamentais do processo penal legal. Quanto mais a prisão provisória se estende no tempo, mais a presunção de inocência é mitigada na pretensão jurisdicional. Em um Estado Democrático de Direito, a manutenção de uma prisão cautelar não pode ser baseada em critérios subjetivos a serem aplicados pela autoridade judiciária por lidar diretamente com a liberdade do indivíduo.

Um Estado Democrático de Direito instituído por uma Constituição Federal que concede direitos e garantias ao indivíduo diante do processo penal. Ao tomar para si o monopólio da aplicação da justiça, tem o dever de prover meios para que os princípios previstos sejam garantidos no decorrer do processo penal. Havendo a previsão da presunção de inocência e o direito à duração razoável do processo como garantias fundamentais. O direito do indivíduo preso provisoriamente de ser posto em liberdade surge no momento em que a finalidade da medida cautelar perde suas características de instrumentalidade e provisoriedade, pois o processo sofre dilatações indevidas causando a deslegitimação da prisão cautelar.

O projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional sobre o Novo Código de Processo Penal retorna aos debates a imposição objetiva de um limite temporal na prisão preventiva, adequando o a legislação aos ideais constitucionais garantistas. O assunto possui ampla concordância de sua necessidade pelas organizações internacionais de direitos humanos, a reco-

mendação da excepcionalidade da medida, fundamentação, periodicidade de reanálise e diligências especiais no caso de indiciado preso podem ser encontradas nos informes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A previsão constante no projeto de lei de duração da prisão preventiva por 180 dias e não podendo exceder o prazo de 4 anos, constituirá um avanço democrático em busca de um critério objetivo para a razoável duração do processo ao indivíduo preso. Conciliando o princípio da presunção de inocência com a prisão preventiva e ultrapassando o debate da necessidade de limites positivados da prisão provisória para outras perspectivas de aperfeiçoamento do processo penal legal.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1110p.

BRASÍL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. . **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2.0**: Cadastro Nacional de Presos. Brasília: Cnj, 2018. 100 p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASÍL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. . **CHOQUE DE JUSTIÇA: REUNIÃO ESPECIAL DE JURISDIÇÃO**. Brasília: Cnj, 2017. 80 p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84923-choque-de-justica-150-mil-casos-de-presos-provisorios-reavaliados>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASÍL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. . **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília: Movimento, 2016. 346 p. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/9948-a-visao-do-ministerio-publico-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro-2016>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras pro.**Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 maio 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 08 de setembro de 1941. Exposição De Motivos Do Código De Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ,

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta artigos diversos. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 08 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.449, de 15 de janeiro de 2007. Altera o art. 306 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 16 jan. 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11449.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11449.htm#art1)>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1)>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.349, de 03 de novembro de 1967. Dá Nova Redação Ao Capítulo III Do Título IX Do Código De Processo Penal. (decreto-lei 3.689, de 3/10/1941). **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 07 nov. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5349.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5349.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973. Altera os Artigos 408, 474, 594 e 596, do Decreto-Lei 3.689, de 03/10/1941 - Código De Processo Penal.. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 23 nov. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1970-1979/L5941.htm#art408](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5941.htm#art408)>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe Sobre Medidas De Prevenção E Repressão Ao Tráfico Ilícito E Uso Indevido De Substâncias Entorpecentes Ou Que Determinem Dependência Física Ou Psíquica, E Dá Outras Providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. Altera Dispositivos Do Código Penal (Decreto-Lei 2.848, De 7 De Dezembro De 1940), Do Código De Processo Penal (Decreto-Lei 3.689, De 3 De Outubro De 1941), Da Lei Das Contravenções Penais, Altera Dispositivos Do Código Penal (Decreto-Lei 2.848, De 7 De Dezembro De 1940), Do Código De Processo Penal (Decreto-Lei 3.689, De 3 De Outubro De 1941), Da Lei Das Contravenções Penais.. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 25 maio 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6416.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6416.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%207.210-1984?OpenDocu](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%207.210-1984?OpenDocu)>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma O Conselho Administrativo De Defesa Econômica - CADE Em Autarquia, Dispõe Sobre A Prevenção E A Repressão As Infrações Contra A Ordem Econômica E Dá Outras Providências.. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 13 jun. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8884.htm#art312](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm#art312)>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Lei Ordinária nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe Sobre a Prisão Temporária. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 22 dez. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Lei Ordinária nº 9.034, de 03 de maio de 1995. Dispõe Sobre A Utilização De Meios Operacionais Para A Prevenção E Repressão De Ações Praticadas Por Organizações Criminosas.. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, Revogado pela Lei nº 12.850, de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/cCivil\\_03/LEIS/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/cCivil_03/LEIS/L9034.htm)>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 8045, de 22 de dezembro de 2010. Novo Código de Processo Penal. **Câmara dos Deputados**. Brasília, DF, Disponível em: <[https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filenome=PL+8045/2010](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filenome=PL+8045/2010)>. Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 20.566/BA. Recorrente: Rivano Pires Rocha (Preso) Advogado: Miguel Cordeiro Aguiar Neto. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma. Brasília, DF, 12 de junho de 2007. **Diário da Justiça**. Brasília, 25 jun. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 9, Órgão Julgador: S3 - Terceira seção. Brasília, DF, 06 de setembro de 1990. **Diário da Justiça**. Brasília, 12 set. 1990.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84087/RJ. PACTE.(S) WALTER LUIZ PEREIRA DA SILVA IMPTE.(S) CÉSAR TEIXEIRA DIAS. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 27 de abril de 2004. **Diário da Justiça**. Brasília, 07 maio 2004. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2209078>>. Acesso em: 06 out. 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p.143-165, 31 mar. 2015. Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>>. Acesso em: 02 out. 2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães et al. **Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas alternativas**, comentários à Lei 12.403/ de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 51 p.

\_\_\_\_\_. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Presunção De Inocência E Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

NAKAHARADA, Carlos Eduardo Mitsuo. **PRISÃO PREVENTIVA: DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO E NECESSIDADE DE PRAZO LEGAL MÁXIMO**. 2015. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

Cap. 1. Disponível em:

<[https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=3364546](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=3364546)>. Acesso em: 04 ago. 2018.

PACCOLA, Amanda Thereza Lenci. Proteção internacional dos direitos humanos. **Rev. Secr. Trib. Perm. Revis.**, [s.l.], v. 5, n. 10, p.227-245, 10 out. 2017. Disponível em:

<<http://scielo.iics.una.py/pdf/rstpr/v5n10/2304-7887-rstpr-5-10-00227.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

PÚBLICO, Conselho Nacional do Ministério. **A Visão do Ministério Público Sobre o Sistema Prisional Brasileiro**. Brasília: Gráfica e Editora Movimento, 2016. 344 p. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/9948-a-visao-do-ministerio-publico-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro-2016?highlight=WyJzaXN0ZW1hIiwicHJpc2lvcmlzaW9uYWwiXQ==>>. Acesso em: 10 out. 2018.

RANGEL, Flavio Medeiros; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. O alongamento do tempo de prisão e a violação de direitos na custódia de presos no Brasil. **Avances En Psicología Latinoamericana**, [s.l.], v. 35, n. 3, p.473-483, 20 set. 2017. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.4304>. Disponível em: <<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/apl/article/view/4304>>. Acesso em: 06 out. 2018.

RODRIGUES, Luiz Antonio Belletti. **Perseguições a estrangeiros em Juiz de Fora durante o Estado Novo: autoritarismo e repressão no contexto da Segunda Guerra Mundial**. 2017. 170 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de História, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2017. Disponível em:

<[https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=4993255](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4993255)>. Acesso em: 06 out. 2018.

RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico e militarização nas Américas: vício de guerra. **Contexto Internacional**, [s.l.], v. 34, n. 1, p.9-41, jun. 2012. Disponível em:

<<https://doaj.org/article/6d8327b45c7040ec85b4b995c172d8f0>>. Acesso em: 06 set. 2018.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRASÍL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. 65 p. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 29 nov. 2018.